

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL/RO
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO

RAYHANE CRISTINE ALVES MENDES

**DA (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO STF PARA ATUAR NA OMISSÃO DO
PODER LEGISLATIVO**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA

CACOAL – RO
2017

RAYHANE CRISTINE ALVES MENDES

**DA (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO STF PARA ATUAR NA
OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Fundação Universidade Federal de Rondônia –
UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves
Quiles, como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito, elaborado sob a orientação
da Professora M.^a Daeane Zulian Dorst.

CACOAL – RO

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Fundação Universidade Federal de Rondônia
Gerada automaticamente mediante informações fornecidas pelo(a) autor(a)

M538i Mendes, Rayhane Cristine Alves.

Da (i)legitimidade democrática do STF para atuar na omissão do poder legislativo / Rayhane Cristine Alves Mendes. -- Cacoal, RO, 2017.

71 f.

Orientador(a): Prof.^a Ma. Daeane Zulian Dorst

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Fundação Universidade Federal de Rondônia

1. Supremo Tribunal Federal. 2. Ilegitimidade democrática. 3. Poder legislativo. 4. Ativismo judicial. I. Dorst, Daeane Zulian. II. Título.

CDU 347.9

DA (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO STF PARA ATUAR NA OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO

RAYHANE CRISTINE ALVES MENDES

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professora M.^a Daeane Zulian Dorst - UNIR - Presidente

Profº Esp. Elson Pereira de Oliveira Bastos

Profº Esp. Jônathas Siviero

Conceito: 8,0.

Cacoal, 19 de Julho de 2017.

Dedico este trabalho aos meus amados pais, Reinaldo e Rosana por sempre acreditarem em meu potencial e por sempre me apoiarem.

À minha querida irmã Regiane e ao meu parceiro e namorado Douglas, por sempre me incentivarem, ajudarem e vibrarem com minhas vitórias.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por estar ao meu lado a todo momento me proporcionando saúde e força para confeccionar o presente trabalho de conclusão de curso bem como para suportar todas as dificuldades advindas no decorrer dos árduos 5 anos de faculdade.

Difícil não me estender neste momento, até porque, são muitas as pessoas que eu gostaria de agradecer imensamente por todo apoio que me proporcionaram, principalmente nestes últimos anos, todavia, tentarei ser o mais breve possível.

Agradeço aos meus pais por dedicarem suas vidas à mim durante todos os anos de minha vida, por serem meu alicerce e me apoiarem em todas as minhas decisões sempre acreditando em mim muito mais que eu mesma conseguiria acreditar, muito obrigada por serem os melhores pra mim, à eles todo meu amor.

Agradeço à minha irmã por ser minha melhor amiga durante toda a minha vida e meu porto seguro em todos os momentos difíceis, por sempre vibrar com minhas vitórias e cuidar tão bem de mim, sem ela eu não teria chegado até onde cheguei, à ela todo meu amor e gratidão.

Agradeço ao meu namorado por suportar todo meu nervosismo e ansiedade durante todo curso, me apoiar e ajudar sempre que precisei. Além do diploma no final, conhecê-lo foi a melhor coisa que o Curso de Direito na UNIR me proporcionou, à ele meu respeito, admiração e amor.

Agradeço aos meus primos, tios, tias, familiares por todo incentivo, energia positiva e carinho que me proporcionaram durante toda jornada.

Agradeço com muito carinho à minha orientadora por ter aceitado me orientar nesta pesquisa mesmo estando absolutamente cheia de compromissos profissionais para cumprir e por sempre ter encontrado um tempo para me atender da melhor maneira.

Agradeço a todos os professores que colaboraram com maestria para o meu crescimento acadêmico e pessoal durante todos esses anos, sem os mesmos este momento não teria a mesma importância. Carrego a todos em meu coração.

Agradeço aos amigos que fiz durante o curso, em especial alguns que quero citar: Glenda, obrigada por todos os dias de apoio psicológico no estágio, por todas as risadas e por sempre me compreender tão bem, conhecê-la foi um presente de Deus na minha vida. Erika, Evandro e Marilene agradeço-os imensamente por todo

material que me encaminharam durante todo o curso sem que eu nem mesmo precisasse pedir, bem como por toda ajuda durante o curso, vocês são minha inspiração para estudar cada dia mais. João Ricardo e Filipe agradeço-os por sempre me fazerem rir nas aulas, mesmo quando o motivo da piada de vocês era eu mesma, sem ressentimentos, ok? (risos). Cleiton, obrigada por ser o meu “grupo” durante todo curso. Aline e dona Josefa obrigada por todos os conselhos, atenção e ajuda psicológica que vocês me proporcionam, vocês são pessoas iluminadas. Valesca, Lara, Valmir e Thays agradeço-os por todo carinho e amizade que sempre tiveram comigo durante o curso. Por fim, agradeço aos meus colegas de classe em geral, por todos esses anos de convívio harmonioso e agradável.

Agradeço ao Dr. Valério, por todas as críticas, broncas, debates jurídicos, conselhos, incentivo, por ser um líder ao invés de um chefe durante todo o período em que fui sua estagiária. O crescimento que obtive com o seu auxílio não há preço que pague, levarei por toda minha vida com muita gratidão. Por fim, obrigada ainda por todos os conselhos e auxílio na confecção da presente pesquisa, foram de grande importância.

Agradeço às minhas colegas de estágio de um modo especial, por todas as conversas, debates jurídicos, risadas, lágrimas e por todo apoio e incentivo que me proporcionaram todas as manhãs e aos demais procuradores, Dr. Lúcio e Dr. Henry que atuei juntamente como estagiária por pequenos períodos, obrigada por todo conhecimento e competência que transmitiram a mim durante todo período de estágio, foi um prazer imenso trabalhar com todos vocês.

Assim, encerro meus agradecimentos com muita admiração por todas as pessoas que foram nele mencionadas, cada um de vocês tem uma importância especial na minha vida.

Se fracassar, ao menos que fracasse ousando grandes feitos, de modo que a sua postura não seja nunca a dessas almas frias e tímidas que não conhecem nem a vitória nem a derrota. (Theodore Roosevelt).

RESUMO

O trabalho em questão apresenta uma análise a respeito da (i)legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal (STF) para atuar na omissão do Poder Legislativo. Inicialmente, expõe-se os poderes previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR) bem como o instituto da separação dos poderes, fazendo inclusive, uma análise histórica, possibilitando demonstrar a evolução do direito perante a evolução da sociedade, finalizando dando ênfase ao Poder em evidência no presente trabalho, qual seja, o Poder Judiciário, especificamente o STF. Sob outro aspecto, para superar a problemática aduzida, faz-se estudo a respeito dos institutos da legalidade e da legitimidade, visto que, embora estejam vinculados muitas vezes, ambos não se confundem. Após a definição de legitimidade, aborda-se a evolução história do regime democrático de direito instaurado no Brasil na atualidade, identificando a legitimidade democrática, pela qual o povo legitima os seus representantes por meio do voto, conforme determina a Constituição da República. Finalmente, para possibilitar o desfecho da presente pesquisa, desenvolvem-se os temas a respeito da omissão legislativa *versus* atuação do Poder Judiciário; são analisados alguns precedentes importantes do STF, verificando sua legitimidade democrática para proferi-los, contrapondo as ideias de renomados constitucionalistas, evidenciando as posições divergentes acerca do tema e a necessidade de que em cada caso seja analisada a (i)legitimidade democrática do STF. Para a realização do presente trabalho foi utilizado o método hipotético dedutivo e o procedimento técnico aplicado foi de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Legitimidade Democrática, STF, Separação de Poderes, Omissão Legislativa.

ABSTRACT

The work in question presents an analysis regarding (i) the democratic legitimacy of the Federal Supreme Court (STF) to act in the omission of the Legislative Branch. Initially, the powers provided for in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CR) and the institute for the separation of powers are presented, including a historical analysis, making it possible to demonstrate the evolution of law before the evolution of society, Emphasis on the Power in evidence in the present work, that is, the Judiciary, specifically the STF. In another aspect, in order to overcome the problems raised, a study is made of the institutes of legality and legitimacy, since, although they are linked many times, both are not confused. Following the definition of legitimacy, the evolution of the democratic regime of law established in Brazil today, which identifies the democratic legitimacy, through which the people legitimizes their representatives through voting, as determined by the Constitution of the Republic, is addressed. Finally, in order to make possible the outcome of the present research, the themes regarding the legislative omission versus the Judiciary Power are developed; Some important precedents of the STF are analyzed, verifying their democratic legitimacy to speak them, opposing the ideas of renowned constitutionalists, highlighting the divergent positions on the subject and the need in each case to analyze (i) the democratic legitimacy of the STF. For the accomplishment of the present work the hypothetical deductive method was used and the technical procedure applied was of bibliographical research.

Keywords: Democratic Legitimacy, STF, Separation of Powers, Legislative Omission.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 SEPARAÇÃO DOS PODERES	13
1.1 PODER EXECUTIVO	17
1.2 PODER LEGISLATIVO	19
1.3 PODER JUDICIÁRIO	20
1.3.1 Competências do Supremo Tribunal Federal definidas constitucionalmente	24
2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA.....	31
2.1 REGIME DEMOCRÁTICO	31
2.2 LEGITIMIDADE <i>VERSUS</i> LEGALIDADE	35
2.3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA – VOTO POPULAR	38
3 (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	40
3.1 OMISSÃO LEGISLATIVA <i>VERSUS</i> ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	40
3.2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	44
3.3 ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA OMISSÃO LEGISLATIVA	49
3.4 BREVE ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO STF EM PRECEDENTES CRITICADOS PELA DOUTRINA.....	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS.....	68

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa objetiva abordar os aspectos gerais do regime de governo democrático, verificando a substanciação da legitimidade exigida, atribuindo ênfase à (i)legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para atuar na omissão do Poder Legislativo.

A legitimidade do poder legislativo para representar toda coletividade é adquirida por meio do voto popular, direto e secreto. Essa circunstância induz o intérprete ao pensamento de que, para exercer a função legislativa somente são legitimados democraticamente os agentes políticos devidamente eleitos pelo povo, o que não é o caso do Supremo Tribunal Federal, que é órgão essencial do poder judiciário, responsável por proteger todo conteúdo disposto no texto constitucional, mas cujos membros não são eleitos pelo povo diretamente.

A partir da ideia de legitimação legislativa tão somente por meio do voto popular exsurge a problemática do presente estudo, qual seja: Os ministros do Supremo Tribunal Federal podem ser considerados legitimados democraticamente para atuar na omissão legislativa, vinculando toda sociedade com suas decisões, quando o poder de legislar deve emanar da escolha do povo para ser legítimo? Ou, analisando sob outro aspecto: é compatível com o regime democrático de direito a maneira de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para exercer as competências que lhes são atribuídas?

Para sanar a problemática supramencionada a pesquisa terá em seu primeiro capítulo a exposição das funções determinadas constitucionalmente aos poderes legislativo, executivo e judiciário, explicando o surgimento do princípio da separação dos poderes e posteriormente demonstrando como ocorreu o surgimento do Supremo Tribunal Federal e as suas funções e competências estabelecidas constitucionalmente.

No segundo capítulo será apresentado o conceito de legitimidade diferenciando-a da legalidade, em razão do presente trabalho objetivar analisar tão somente a legitimidade democrática da atuação da Suprema Corte na omissão legislativa, não ingressando, portanto, no âmbito da legalidade ou da constitucionalidade de suas decisões, buscando demonstrar que legalidade e legitimidade, embora sejam interligadas na maioria das situações, não podem ser confundidas.

Com a definição da legitimidade será necessário compreender os fundamentos e as características do regime democrático instaurado no Brasil, analisando inicialmente os desdobramentos doutrinários acerca do conceito, das espécies e do exercício da democracia e sua influência na temática da legitimação democrática para exercício dos poderes do Estado Federado, para alcançar o significado de legitimidade democrática dos poderes, que ocorre, via de regra, por meio do voto popular.

No terceiro capítulo, será analisada a necessidade de atuação do Poder Judiciário ante a omissão legislativa, bem como serão apresentadas correntes doutrinárias que entendem pela legitimidade e pela ilegitimidade democrática da Suprema Corte para atuar na omissão legislativa, além de apresentar decisões do Supremo Tribunal Federal que possibilitam o debate sobre o tema.

Este estudo se justifica pelo questionamento sócio-jurídico acerca da legitimidade democrática da atuação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de acordo com os preceitos estabelecidos no texto constitucional, em destaque, no momento atual.

O método de abordagem da pesquisa foi o hipotético dedutivo, pois objetivou analisar o desenvolvimento do tema proposto a partir do estudo de princípios, leis e teorias apontadas como inquestionáveis pela doutrina. Ao final de toda exposição almeja-se a dedução de uma das hipóteses levantadas no estudo como a adequada para solucionar a problemática abordada.

Já o método de pesquisa, corresponde a uma pesquisa exploratória uma vez que tem por finalidade proporcionar maiores informações sobre o assunto a ser investigado, possibilitando a delimitação do tema; orientando a fixação dos objetivos e a formulação das hipóteses. O problema foi abordado a partir de pesquisa qualitativa, pois se baseou na interpretação argumentativa, demonstrando a existência de uma relação dinâmica entre os dados e os reflexos na sociedade.

Por fim, o presente estudo trata-se de pesquisa bibliográfica, pois o assunto foi abordado a partir de material já publicado, constituído principalmente de: livros, revistas, publicações em periódicos e artigos científicos, boletins, dissertações, teses, informativos dos Tribunais e jurisprudências, com o intuito de auferir pela legitimidade ou pela ilegitimidade democrática da atuação do Supremo Tribunal Federal nos casos em que extrapola as competências à ele atribuídas, usurpando as funções do Poder Legislativo, traçando um paralelo entre a análise da temática e as possíveis soluções para a problematização proposta.

1 SEPARAÇÃO DOS PODERES

Para a elucidação da presente pesquisa necessário faz-se uma breve exposição dos poderes constitucionalmente estabelecidos, bem como identificar a maneira de seu surgimento, visto que, a separação dos poderes surgiu com a evolução da sociedade, e foi aprimorada ao sistema atual com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que determina quais são as maneiras de ingresso dos membros dos poderes e os limites da atuação de cada um em face do outro, logo, o sistema de freios e contrapesos.

Não há como estudar a Separação de Poderes sem mencionar o seu maior influenciador no Estado Moderno de Direito, que foi Charles-Louis de Secondar, o Barão de Brède de Montesquieu¹.

Todavia, deve ser esclarecido que, embora Montesquieu seja o maior influenciador da Separação de Poderes da maneira como é aplicada na atualidade, o instituto já era defendido por grandes pensadores desde a antiguidade.

Neste sentido, para Bonavides (2000, p. 173)

O princípio da separação de poderes, de tanta influência sobre o moderno Estado de direito, embora tenha tido sua sistematização na obra de Montesquieu, que o empregou claramente como técnica de salvaguarda da liberdade, conheceu todavia precursores, já na antiguidade, já na Idade Média e tempos modernos.

Cumprindo ainda mencionar os precursores da separação de poderes, que, segundo Bonavides (2000, p. 173) são: Aristóteles², Bodin³, Swift⁴ e Locke⁵, *in verbis*:

¹ Montesquieu (1689-1755) foi um filósofo social e escritor francês. Foi o autor de "Espírito das Leis". Foi o grande teórico daquilo que veio a ser mais tarde a separação dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. É considerado o autêntico precursor da Sociologia Francesa. Foi um dos grandes nomes do pensamento iluminista, junto com Voltaire, Locke e Rousseau

² Aristóteles (384–322 a.C) foi um importante filósofo grego. Um dos pensadores com maior influência na cultura ocidental. Foi discípulo do filósofo Platão. Elaborou um sistema filosófico no qual abordou e pensou sobre praticamente todos os assuntos existentes. Suas pesquisas sobre os objetivos de cada ciência foram importantes para determinar um campo específico de estudo, possibilitando seu desenvolvimento. Procurou explicar com o raciocínio todos os fenômenos do Universo. A filosofia de Aristóteles abrange a natureza de Deus (Metafísica), do homem (Ética) e do Estado (Política).

³ Jean Bodin (1530-1596) foi um jurista e teórico político francês, que exerceu grande influência na sociedade europeia através da formulação de suas teorias econômicas e seus princípios de "bom governo", numa época em que os sistemas medievais foram dando lugar a estados centralizados. Foi considerado o iniciador do conceito moderno de soberania.

⁴ Jonathan Swift (1667-1745) foi um escritor, poeta, crítico literário e prosador satírico irlandês. Em 1696 iniciou o que seria sua grande obra "O Conto do Tonel", uma sátira em prosa onde critica os extremos religiosos do catolicismo e do Calvinismo. Em 1697 escreveu "A Batalha dos Livros", uma

Distinguiu Aristóteles a assembleia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário; Marsílio de Pádua no Defensor Pacis já percebera a natureza das distintas funções estatais e por fim a Escola de Direito Natural e das Gentes, com Grotius, Wolf e Puffendorf, ao falar em partes potenciales summi imperii, se aproximara bastante da distinção estabelecida por Montesquieu.

Em Bodin e Swift a concepção de poderes que se contrabalançam no interior do ordenamento estatal já se acha presente, mostrando quão próximo estiveram de uma teorização definida a esse respeito.

Locke, menos afamado que Montesquieu, é quase tão moderno quanto este, no tocante à separação de poderes. Assinala o pensador inglês a distinção entre os três poderes — executivo, legislativo e judiciário — e reporta-se também a um quarto poder: a prerrogativa. Ao fazê-lo, seu pensamento é mais autenticamente vinculado à Constituição inglesa do que o do autor de Do Espírito das Leis.

Portanto, embora somente tenha se fortalecido no Estado Moderno, a ideia de exercício de poderes distintos já existia desde a antiguidade, sendo que, foi aprimorada e adequada de acordo com a evolução da sociedade.

Montesquieu (2000, p. 167) definiu a separação dos poderes da seguinte maneira:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último o poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.

Além da definição dos poderes, Montesquieu demonstrou em sua obra, “O Espírito das Leis”, a importância da distinção e da separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário, baseando-se no direito à liberdade e na segurança de uma sociedade, *in verbis*:

sátira em prosa para defender uma obra de Temple que foi muito criticada. Com a defesa ironiza os conservadores e os liberais. Em 1701 publicou seu primeiro panfleto político onde toma partido pelos whigs (liberais), sente-se atraído pelo mundo da política. Em 1704 Jonathan Swift consegue apoio de editores e publica “A Batalha dos Livros” e o “Conto de Tonel”.

⁵ John Locke (1632-1704) foi um filósofo inglês, o principal representante do empirismo, teoria que afirmava que o conhecimento era determinado pela experiência, tanto de origem externa, nas sensações, quanto interna, a partir das reflexões. Sua teoria política deixou grande contribuição ao desenvolvimento do liberalismo, principalmente a noção de Estado de direito.

A liberdade política em um cidadão é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando a mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo, se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Evidenciando o perigo do exercício dos poderes de maneira una, Montesquieu (2000) aduziu que tudo estaria perdido se o mesmo homem ou mesmo grupo de pessoas exercesse os três poderes de modo soberano, esclarecendo que, nestes casos, o governo deveria utilizar-se de meios absolutamente violentos para garantir o exercício do poder.

As ideias defendidas pelo autor influenciaram os constituintes a respeito da necessidade da separação dos poderes, sendo que, para adequá-lo ao sistema foi elaborado pelos constituintes norte-americanos o sistema de “freios e contrapesos”, que estabelece uma harmonia entre os poderes, bem como a inexistência de qualquer hierarquia de um para com outro, conforme expõe Dallari (1998, p. 92):

Fortemente influenciados por MONTESQUIEU, os constituintes norte-americanos acreditavam fervorosamente no princípio da separação de poderes, orientando-se por ele para a composição do governo da federação. Elaborou-se, então, o sistema chamado de freios e contrapesos, com os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, não se admitindo que qualquer deles seja mais importante que os demais. Foi também preciso conciliar a necessidade de um governo central com a intransigência dos Estados que não abriam mão de sua autonomia política (grifo do autor).

No mesmo sentido, a respeito das influências de Montesquieu e da separação dos poderes, Mendes (2009, p. 177) aduz que:

A partir dessa enfática formulação, cujas origens são mais antigas do que se possa imaginar, o princípio da separação dos poderes adquiriu o *status* de uma *forma que virou substância* no curso do processo de construção e de aprimoramento do Estado de Direito, a ponto de servir de pedra de toque para se dizer da legitimidade dos regimes políticos, como se infere do célebre artigo XVI da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, onde se declara que não tem constituição aquela sociedade em que não estejam assegurados os direitos dos indivíduos, nem separados os poderes estatais.

Superado o surgimento da separação dos poderes, cumpre inseri-la no âmbito brasileiro, que adotou a Federação⁶ como forma de Estado e determinou expressamente no texto Constitucional de 1988 a aplicabilidade da separação dos poderes⁷, atribuindo-lhe, inclusive, *status* de cláusula pétrea⁸.

Corroborando, Mendes (2009, p. 178) ao tratar do princípio da separação dos poderes menciona:

Na Constituição do Brasil, esse princípio, que está estampado no seu art. 2º onde se declara que são Poderes da União — independentes e harmônicos — o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, é de tamanha importância que possui o status de cláusula pétrea, imune, portanto, a emendas, reformas ou revisões que tentem aboli-lo da Lei Fundamental.

No Estado Federado, embora sejam harmônicos, cada poder é exercido de maneira autônoma, com independência e renda própria, logo, possuem atribuições e competências especificamente delineadas no texto constitucional. Neste contexto:

A cada esfera de competências se atribui renda própria. Este é um ponto de grande importância e que só recentemente começou a ser cuidadosamente tratado. Como a experiência demonstrou, e é óbvio isso, dar-se competência é o mesmo que atribuir encargos. É indispensável, portanto, que se assegure a quem tem os encargos uma fonte de rendas suficientes, pois do contrário a autonomia política se torna apenas nominal, pois não pode agir, e agir com independência, quem não dispõe de recursos próprios. O poder político é compartilhado pela União e pelas unidades federadas. Existe um governo federal, do qual participam as unidades federadas e o povo, e existem governos estaduais dotados de autonomia política, podendo fixar sua própria orientação nos assuntos de seu interesse, desde que não contrariem a Constituição federal. Para assegurar a participação dos Estados no governo federal foi constituído o poder legislativo bicameral. O Senado é o órgão de representação dos Estados, sendo praxe, embora haja algumas exceções, assegurar-se a todas as unidades federadas igual número de representantes. Na outra Casa do poder legislativo é o próprio povo quem se faz representar (DALLARI, 1998, p. 93).

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

⁷ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁸ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais (grifo nosso).

Nesse diapasão, cumpre trazer à baila quais são as competências atribuídas pelo texto constitucional a cada poder no âmbito Federal, bem como enfatizar a maneira de ingresso dos seus representantes no cenário do poder que exerce.

1.1 PODER EXECUTIVO

O Poder Executivo tem a função de administrar os interesses internos e externos do Estado, determinando a maneira que serão dispostos os orçamentos públicos, adotando políticas públicas visando salvaguardar o mínimo existencial⁹, garantindo aos indivíduos da sociedade a prerrogativa de usufruir dos direitos e garantias fundamentais a eles atribuídos.

No tocante ao Poder Executivo, Mendes e Branco (2015, p. 935), afirmam que esse possui as seguintes atribuições:

A referência ao Poder Executivo contempla atividades diversas e variadas, que envolvem atos típicos da Chefia do Estado (relações com Estados estrangeiros, celebração de tratados), e atos concernentes à Chefia do governo e da administração em geral, como a fixação das diretrizes políticas da administração e a disciplina das atividades administrativas (direção superior da Administração Federal), a iniciativa de projetos de lei e edição de medidas provisórias, a expedição de regulamentos para execução das leis etc. (CF, art. 84), a iniciativa quanto ao planejamento e controle orçamentários, bem como sobre o controle de despesas (CF, arts. 163 - 169) e a direção das Forças Armadas.

Bulos (2014, p. 1.243) coaduna com alinhavado acima, informando:

Executivo é o poder responsável pela função administrativa do Estado. Foi concebido por Montesquieu para manter a ordem interna, exercendo a soberania estatal nas relações internacionais. No Texto de 1988, o Poder Executivo logrou bastante amplitude, possuindo dois significados distintos:

- órgão executivo ou administrativo - nesse sentido nos referimos ao Poder Executivo do mesmo modo que falamos em Poder Legislativo e Poder Judiciário (CF, art. 22); foi a acepção utilizada por Montesquieu para designar a atividade responsável pelo gerenciamento das relações internas e externas do Estado; e

⁹ Deduzido a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social o termo designa um conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna. No âmbito dos direitos sociais, Ana Paula de Barcellos (2002) aponta a saúde a educação, assistência aos desamparados (alimentação, vestuário e abrigo) e o acesso à Justiça como direitos integrantes do mínimo existencial e que, por conseguinte, devem ter prioridade na formulação e execução das políticas públicas (NOVELINO, 2016, p. 463).

- função executiva ou administrativa - aqui o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado (art. 76). Engendra competências, faculdades, deveres, encargos e prerrogativas, com vistas à prática dos atos de chefia de Estado, de governo e de administração.

Observa-se que a função do Poder Executivo vincula diretamente todas as relações sociais, eis que representa, administra e executa as políticas públicas visando assegurar a ordem e o progresso do país.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece que o Poder Executivo Federal será representado pelo Presidente da República que for devidamente eleito por meio do voto popular, conforme se observa das dicções expostas nos artigos 76 e 77, *in verbis*:

Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente.

§ 1º A eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado.

§ 2º Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.

§ 3º Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.

§ 4º Se, antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á, dentre os remanescentes, o de maior votação.

§ 5º Se, na hipótese dos parágrafos anteriores, remanescer, em segundo lugar, mais de um candidato com a mesma votação, qualificar-se-á o mais idoso.

O Executivo, nesse diapasão, necessita de legitimação democrática, por meio do voto popular, para poder exercer suas atribuições, conforme exposto por Mendes e Branco (2015, p. 935) que expressamente afirmam:

As eleições populares e diretas para a chefia do Poder Executivo, como ocorre no sistema de governo presidencialista, conferem a esse poder a legitimidade democrática necessária ao exercício das diversas tarefas que lhe foram incumbidas.

Nota-se que para atuar, o Executivo, deve, primeiramente, ser submetido ao crivo de aprovação popular, o que decorre, por conseguinte, do regime democrático¹⁰.

1.2 PODER LEGISLATIVO

O Poder Legislativo tem a função precípua de instrumentalizar comportamentos humanos, tidos como paradigmas, em leis, visando, por conseguinte, a ordem e pacificação social, bem como fiscalizar os gastos efetivados pelo Poder Executivo, resguardando o interesse público e a consecução lidima dos preceitos constitucionais de eficiência, legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade.

Moraes (2014, p. 429) corrobora com o esposado, preponderando que:

As funções típicas do Poder Legislativo são *legislar e fiscalizar*, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento. Dessa forma, se por um lado a Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (CF, art. 70) (grifos do autor).

Do mesmo modo, Novelino (2016, p. 585) apresenta as funções do Poder Legislativo, *ipsis litteris*:

O Poder Legislativo tem como funções típicas legislar (CF, art. 48) e fiscalizar (CF, art. 70). A fiscalização dos atos emanados do Poder Executivo é decorrente do princípio da representação popular e ocorre nos âmbitos financeiro, orçamentário, contábil, operacional e patrimonial. A fiscalização financeira e orçamentária é feita com o auxílio do Tribunal de Contas da União (CF, art. 71).

Logo, é competência típica do Poder Legislativo a função de criar leis e fiscalizar a atuação do Executivo, sendo que, para tal função, na esfera federal, o mesmo é composto por um sistema bicameral, no qual está compreendida a Câmara dos Deputados, como representante do povo, e o Senado Federal, como representante dos Estados e do Distrito Federal, formando o Congresso Nacional,

¹⁰ O próximo capítulo do presente estudo abordará as nuances advindas da legitimação oriunda do regime democrático.

órgão competente para exercer a função legislativa na República Federativa do Brasil.

No que tange à escolha dos membros do Poder Legislativo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê expressamente que serão eleitos por meio do voto popular, conforme se constata nos dispositivos abaixo descritos:

Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

§ 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

§ 2º Cada Território elegerá quatro Deputados.

Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

§ 1º Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.

§ 2º A representação de cada Estado e do Distrito Federal será renovada de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços.

§ 3º Cada Senador será eleito com dois suplentes.

Ressalta-se que tanto a Câmara dos Deputados quanto o Senado Federal possuem a integralidade de seus membros eleitos por intermédio do voto direto, secreto, universal e periódico, o que é fundamentado em virtude da atuação deste poder, inexoravelmente, vincular o interesse de toda a sociedade.

1.3 PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário é o responsável por exercer a jurisdição, ou seja, quando existe um conflito de interesse entre indivíduos, o Estado substitui as partes para solucionar o litígio, aplicando a lei com imparcialidade.

Moraes (2014, p. 520) conceitua o Poder Judiciário da seguinte maneira:

O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito, pois, como afirma Sanches Viamonte, sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios. Esta concepção resultou da

consolidação de grandes princípios de organização política, incorporados pelas necessidades jurídicas na solução de conflitos.

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado democrático de direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis, pois, como afirmou Zaffaroni, "a chave do poder do judiciário se acha no conceito de independência".

O Poder Judiciário, assim como os demais poderes, possui funções típicas e atípicas que estão categoricamente determinadas no texto constitucional. Novelino (2016, p. 663) apresenta as funções do Poder Judiciário:

Sua função típica consiste no exercício da jurisdição iuris dicere, atividade pela qual o Estado substitui as partes em conflito para dizer quem tem o direito (caráter substitutivo). Entre as funções atípicas, exerce algumas de natureza legislativa, como a elaboração de seus regimentos internos (CF, art. 96, 1, "a"), e outras de caráter administrativo, tais como a organização de secretarias e serviços auxiliares, o provimento de cargos, a concessão de licença, férias e outros afastamentos a membros e servidores (CF, art. 96, 1, alíneas "b", "c" e "e").

O autor continua sua exposição informando ainda que o Poder Judiciário possui garantias institucionais e funcionais, com o objetivo de assegurar a imparcialidade do juiz no momento de solucionar os conflitos, bem como a independência do judiciário ao aplicar a jurisdição, neste sentido assegura:

Instituídas com a finalidade de assegurar a independência e imparcialidade do Poder Judiciário, as garantias institucionais (CF, art. 99) e funcionais (CF, art. 95) protegem os magistrados contra pressões internas e externas potencialmente capazes de enfraquecer todo o sistema democrático. Por minimizarem a preocupação com retaliações decorrentes de decisões contrárias a determinados interesses, essas garantias reduzem, de forma significativa, o grau de influência dos demais atores políticos (NOVELINO, 2016, p. 665).

No mesmo diapasão, a doutrina constitucionalista evidencia a importância da independência e imparcialidade no exercício do Poder Judiciário:

Bandrés afirma que a independência judicial constitui um direito fundamental dos cidadãos, inclusive o direito à tutela judicial e o direito ao processo e julgamento por um Tribunal independente e imparcial. Assim, é preciso um órgão independente e imparcial para velar pela observância da Constituição e garantidor da ordem na estrutura governamental, mantendo nos seus papéis tanto o Poder Federal como as autoridades dos Estados Federados, além de consagrar a regra de que a Constituição limita os poderes dos órgãos da soberania (MORAES, 2014, p. 521).

Assim, as garantias funcionais asseguradas ao Poder Judiciário estão previstas no artigo 95¹¹ da Constituição Federal de 1988, que assegura aos magistrados a vitaliciedade, inamovibilidade e a irredutibilidade dos subsídios.

A vitaliciedade dos juízes garante que os mesmos possam exercer suas funções com a segurança de somente perder seu cargo por sentença judicial transitada em julgado, conforme preceituado por Novellino (2016, p. 667):

A vitaliciedade impede a perda involuntária do cargo, salvo por sentença judicial transitada em julgado.

[...]

No primeiro grau, a vitaliciedade é adquirida somente após dois anos de efetivo exercício, dependendo a perda do cargo, durante o período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado (CF, art. 95, I). Esse lapso temporal não é exigido para os membros de tribunais, mesmo que o ingresso ocorra através do "quinto constitucional". No caso dos Ministros do Supremo, a regra de que a perda do cargo somente pode ocorrer por sentença judicial transitada em julgado é excepcionada no caso de crime de responsabilidade, cujo processo e julgamento compete ao Senado Federal (CF, art. 52, II).

Explica, o autor, como funcionam as garantias da inamovibilidade do magistrado e a irredutibilidade de subsídios, enfatizando que ambas as garantias visam assegurar a imparcialidade, bem como a segurança do magistrado ao exercer sua função. Neste sentido:

A inamovibilidade impede que o magistrado (titular ou substituto) seja removido contra sua vontade, salvo se houver interesse público (CF, art. 95, II). A remoção pode ser determinada pela maioria absoluta dos membros do tribunal ao qual pertencer o magistrado (CF, art. 93, VIII) ou pelo Conselho Nacional de Justiça no exercício de sua atribuição de fiscalizar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (CF, art. 103-B, § 4.º, III). Em ambos os casos, deve ser assegurada a ampla defesa.

[...]

A irredutibilidade de subsídios é assegurada aos magistrados (titulares ou substitutos), ressalvado o disposto nos artigos 37, X e XI, 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I, da Constituição (CF, art. 95, III). Assim como a vitaliciedade, essa garantia não é exclusiva da magistratura, sendo conferida também ao Ministério Público (CF, art. 128, § 5.º, I, "c"), aos Ministros do Tribunal de Contas da União (CF, art. 73, § 3.º), aos oficiais das Forças Armadas (CF, art. 142, § 3.º, VIII), aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (CF, art. 42, § 1.º) e aos servidores públicos em geral (CF, art. 37, XV). No caso dos empregados urbanos e

¹¹ CF, art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I.

rurais, apesar de assegurada a irredutibilidade do salário, admite-se a redução por meio de convenção ou acordo coletivo (CF, art. 7.º, VI) (NOVELINO, 2016, p. 668).

Na mesma esteira, Silva (2006, p. 554) defende a importância da imparcialidade do juiz, demonstrando que o magistrado no Brasil, deve, primordialmente, aplicar somente os critérios que foram editados pelo legislador:

Divididas as funções da soberania nacional por três poderes distintos, Legislativo, Executivo e Judiciário, os órgãos deste (juízes e tribunal) devem, evidentemente, decidir atuando o direito objetivo; não podem estabelecer critérios particulares, privados ou próprios, para, de acordo com eles, compor conflitos de interesses, ao distribuírem justiça. Salvo o juízo de equidade, excepcionalmente admitido, quando referimos ao tratar do mandado de injunção, normalmente o juiz, no Brasil, pura e simplesmente aplica os critérios que foram editados pelo legislador.

Por outro lado, o Poder Judiciário, segundo Mendes e Branco (2015), destoa-se dos demais poderes quando o assunto é autonomia e legitimação, visto que é inequivocamente o poder mais autônomo e desvinculado entre os até aqui estudados.

Destaca-se que, diferentemente do Legislativo e do Executivo, que se encontram em relação de certo entrelaçamento, o Poder Judiciário, ou a Jurisdição, é aquele que de forma mais inequívoca se singulariza com referência aos demais Poderes. Konrad Hesse observa que não é o fato de o Judiciário aplicar o Direito que o distingue, uma vez que se cuida de afazer que, de forma mais ou menos intensa, é levado a efeito pelos demais órgãos estatais, especialmente pelos da Administração. Todavia, o que caracterizaria a atividade jurisdicional é a prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados (MENDES; BRANCO, 2015, p. 961).

Ressalta-se que, em que pese toda autonomia, competência e independência concedida pelo texto Constitucional ao Poder Judiciário, os seus membros não são eleitos por meio do voto popular para o exercício de sua função jurisdicional.

O ingresso dos membros do Poder Judiciário se dá por meio de concurso público, sendo que, os ministros do Supremo Tribunal Federal, que também possuem as mesmas garantias funcionais dos demais juízes, são escolhidos e nomeados por mera liberalidade do Presidente da República, necessitando tão somente da aprovação da escolha pelo Senado Federal, não sendo os mesmos submetidos, portanto, ao crivo da escolha e legitimação pelo representante do povo (Câmara dos Deputados) e nem mesmo pelo voto popular.

1.3.1 Competências do Supremo Tribunal Federal definidas constitucionalmente

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão judicial brasileiro mais antigo, tendo sido criado em 1828 com o nome de Supremo Tribunal de Justiça, sendo que, naquele tempo tinha a competência restringida ao conhecimento de recursos de revista, julgamentos de conflitos jurisdicionais bem como ações penais que tinham como réus ocupantes de cargos públicos, não tendo, portanto, inicialmente, nenhuma competência para prolatar decisões que vinculassem toda sociedade.

Explicando o acima exposto, Mendes (2015, p. 970) aduz:

Criado em 1828, como Supremo Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal é o órgão judicial brasileiro mais antigo. Cumpre também a função de órgão de cúpula do Poder Judiciário, ao qual incumbe a iniciativa do Estatuto da Magistratura e a Presidência do Conselho de Justiça. O Supremo Tribunal de Justiça, instalado em 9-1-1829 e formado por dezessete Ministros (Lei de 18-9-1828), tinha competência limitada, que se restringia, fundamentalmente, ao conhecimento dos recursos de revista e julgamento dos conflitos de jurisdição e das ações penais contra os ocupantes de determinados cargos públicos (art.164). O Tribunal jamais fez uso da competência para proferir decisões com eficácia erga omnes (assentos), que lhe outorgava a faculdade de interpretar, de forma autêntica, o direito civil, comercial e penal (Dec. Legislativo n. 2.684, de 23-10-1875, e Dec. n. 2.142, de 10-3-1876).

O antigo Supremo Tribunal de Justiça foi convertido no Supremo Tribunal Federal com o Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, já na República, tendo sido o decreto editado pelo Governo Provisório e o Tribunal somente se instalou em 1891, sendo que, tinha como competência primordial, a guarda da Carta Política Republicana.

Neste contexto, Bulos (2014, p. 1.310) enfatiza:

Pela Exposição de Motivos do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, o antigo Supremo Tribunal de Justiça do Império converteu-se no atual Supremo Tribunal Federal. A Lei n. 221 de 20 de novembro de 1894, foi o primeiro e fundamental estatuto que regulou o funcionamento do Supremo Tribunal Federal nos mais diversos ângulos. Entre o Decreto n. 848/1890 e a Lei n. 221/11/1894, o Supremo Tribunal Federal elaborou o seu primeiro ordenamento interno, dentro das novas normas federais, preenchendo lacunas, da melhor maneira possível. Pretendia, pois, cumprir sua alta e meritória tarefa, dado que a Constituição de 1891, ao instituir o sistema federativo, estatuiu normas que atritavam com a profusa e confusa legislação estadual.

A criação do Supremo Tribunal Federal no Brasil foi inspirada na Corte Suprema dos Estados Unidos da América, visto que, em 1889, Dom Pedro II solicitou a realização de um cuidadoso estudo a respeito da corte e de sua jurisdição constitucional.

Neste diapasão, Bulos (2014, p. 1.310):

Os esforços para criar um Supremo Tribunal, no Brasil, iniciaram-se com o Imperador Dom Pedro II, que solicitou, em maio de 1 889, a Salvador Mendonça, na presença do Conselheiro Lafayette, cuidadoso estudo sobre a organização da Corte Suprema dos Estados Unidos da América. Assim, o modelo que inspirou a criação do Supremo Tribunal Federal foi a Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Essa instituição magnífica e carismática, mediante sua jurisdição constitucional, amoldou e adaptou o texto setecentista dos americanos às necessidades sempre novas de outro dia e de outra época.

Portanto, a Constituição Republicana de 1891 foi responsável pelo reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição, com a realização de controle de constitucionalidade, bem como de guardião da ordem federativa do Estado, conforme demonstrado por Mendes (2015, p. 971):

A primeira Constituição Republicana, de 24-2-1891, introduziu nova concepção do Poder Judiciário. A influência da doutrina constitucional americana contribuiu para que se outorgasse ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da Constituição e da ordem federativa, reconhecendo-lhe a competência para aferir a constitucionalidade da aplicação do Direito através de um recurso especial (Constituição de 1891, art. 59, n. 3, § I, a e b). Foi-lhe confiada, também, competência para decisão de causas e conflitos entre a União e os Estados ou entre Estados-membros (Constituição de 1891, art. 59, § I, e).

Superada a criação e atribuição de competência do Supremo Tribunal Federal no Brasil, a Constituição Federal de 1988 manteve suas competências, bem como estabeleceu que o Supremo Tribunal Federal¹² deve ser composto por onze ministros, todos brasileiros natos¹³, escolhidos entre cidadãos de notável saber

¹² O tribunal compõe-se atualmente de 11 (onze) Ministros; esse número já sofreu, porém, variações no tempo: instalado com 15 (Quinze membros), teve seu número reduzido para 11 (Onze) pelo decreto nº 19.656, de 3-2-31, composição essa que prevaleceu até 1965, quando, por força do Ato institucional nº 2, o número foi ampliado para 16 (Dezesseis); outro ato institucional, o de nº 6, de 1º-2-69, restabeleceu o número de 11 (Onze), o que foi confirmado pela Emenda Constitucional nº 1/69. Curiosidades do STF- Notas sobre o Supremo Tribunal Federal (Império e República), disponível em: www.stf.jus.br, acesso em: 15/05/2015.

¹³ Art. 12 §3, inciso IV CF/1988: São privativos de brasileiro nato os cargos: I - de Presidente e Vice-Presidente da República; II - de Presidente da Câmara dos Deputados; III - de Presidente do

jurídico e de reputação ilibada, maiores de 35 anos e menores de 65 anos¹⁴, sendo que serão indicados pelo Presidente da República e deverão ser aprovados pela maioria absoluta do Senado Federal¹⁵.

A Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente o rol de competências do Supremo Tribunal Federal que, como demonstrado acima, possui a competência precípua de fazer o controle de constitucionalidade, resguardando desta maneira a norma constitucional. Na atualidade, o STF tem dois tipos de competências, quais sejam: competência originária e competência recursal.

A competência originária do STF está prevista no artigo 102, I da CF/1988, sendo que se trata de situações em que o Supremo Tribunal será acionado diretamente e as questões serão decididas apenas por ele, ou seja, o STF atua em única instância nestas situações, visto que é o único órgão competente do Poder Judiciário para decidir na temática que afeta sua competência constitucional originária.

Já as competências recursais do STF estão previstas no artigo 102, incisos II e III da Constituição Federal de 1988 e estão relacionadas a situações em que a temática já foi decidida anteriormente por outros órgãos jurisdicionais, sendo o Supremo Tribunal Federal acionado por meio de recursos para julgar a questão em última análise.

Desta maneira, classifica Bulos (2014, p. 1.314):

Daí o Texto de 1988, nos seus arts. 102 a 103, ter consagrado dois tipos de competência:

- Competência originária (CF, art. 102, I) . o Supremo Tribunal é acionado diretamente. São questões decididas apenas por ele, que não chegam ao seu exame por intermédio de recursos ordinários ou extraordinários. Aqui o Supremo julga em ÚNICA instância, porque nenhum outro órgão do Poder Judiciário poderá decidir nos temas afetos à sua competência constitucional originária.
- Competência recursal (CF, art. 102, II e III) . o Supremo Tribunal decide matéria que lhe foi submetida por via de recursos ordinários ou extraordinários. Nessa hipótese, o Supremo analisa a questão em ÚLTIMA instância, haja vista que o caso levado à sua jurisdição já passou, anteriormente, pelo crivo de outros órgãos jurisdicionais, competindo a ele proferir a palavra final a seu respeito, em grau de recurso.

Senado Federal; IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V - da carreira diplomática; VI - de oficial das Forças Armadas; VII - de Ministro de Estado da Defesa.

¹⁴ Artigo 101 CF/1988: O Supremo Tribunal Federal Compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

¹⁵ Artigo 101 § único CF/1988: Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

No mesmo sentido, Silva (2006, p. 559):

As matérias de competência do STF constam no art. 102 especificadas em três grupos: (1) as que lhe *cabem processar e julgar originariamente*, ou seja, como juízo único e definitivo, e são aqueles relacionados no inc. I; (2) as que lhe incumbe *julgar, em recurso ordinário* e são indicadas no inc. II; (3) e, finalmente, as que lhe toca *julgar em recurso extraordinário*, e são as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida envolve uma das questões constitucionais referidas nas alíneas do inc. III (grifos do autor).

Novelino (2016), corrobora com o entendimento de Silva estabelecendo que as competências do Supremo Tribunal Federal devem ser analisadas em três aspectos, quais sejam: o aspecto originário, o aspecto recursal ordinário e o aspecto recursal extraordinário.

De modo mais específico, Mendes (2015, p. 982) descreve que as competências originárias do STF são:

Em linhas gerais, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental;
- b) a representação para fins de intervenção nos Estados, nos casos de afronta aos princípios elencados no art. 34, VII, que consubstanciam os chamados princípios sensíveis e a representação para assegurar execução de lei federal - CF, arts. 34, VI, e 36;
- c) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 5, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- d) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- e) o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal, e o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- f) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

- g) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da Administração indireta;
- h) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- i) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- j) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- k) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre tribunais superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- l) as ações contra o CNJ e contra o CNMP.

Já no que se refere às competências recursais, Mendes (2015, p. 983) estabelece:

Ao Supremo Tribunal Federal o texto constitucional vigente também outorgou competência para apreciar recursos ordinários e extraordinários. O recurso ordinário é cabível:

- a) em habeas corpus, mandado de segurança, habeas data e mandado de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, se denegatórias as decisões;
- b) nos crimes políticos julgados pela Justiça Federal de primeiro grau.

Caberá ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo da Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face da lei federal. Essa última previsão - art. 102, III, alínea d, da CF - decorre da EC n. 45 1 2004.

Portanto, é notório que o texto constitucional foi bem específico quando determinou quais as competências a serem exercidas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que a doutrina é praticamente uníssona na ideia de taxatividade de tais atribuições, ou seja, diante da taxatividade, em regra, as competências do Supremo Tribunal Federal não podem ser restringidas e nem mesmo ampliadas pelos demais poderes.

A respeito da interpretação das competências do Supremo Tribunal Federal acima expostas, Bulos (2014, p. 1314) estabelece:

As competências do Supremo Tribunal Federal foram enumeradas taxativamente no Texto de 1988, motivo pelo qual nem o Poder Legislativo, mediante a edição de leis ou atos normativos, nem o Poder Executivo, por meio de medidas provisórias, poderão ampliá-las ou restringi-las. Embora os autores e a própria jurisprudência apliquem esse raciocínio às competências originárias do art. 102, 1, da Carta de Outubro, entendemos que as atribuições recursais da Corte Excelsa também seguem regime de

direito estrito, não se estendendo a situações que extravasem os limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo do art. 102, II e III, da Lex Mater.

Sob outro aspecto, há uma competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela Emenda Constitucional 45/2004, que é de grandiosa importância para o desenvolver da presente pesquisa, qual seja: a possibilidade da edição de súmulas vinculantes conforme preceitua o artigo 103¹⁶ da Constituição da República de 1988, que estabelece a possibilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal vincularem os demais poderes, e consequentemente a sociedade, visto que a decisão deverá ser aplicada em todos os demais graus de jurisdição.

Silva (2006, p. 565) descreve as súmulas vinculantes da seguinte maneira:

As súmulas vinculantes são estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria. Tem por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarretem grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Vinculam não só os órgãos do Poder Judiciário, mas também os órgãos da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, e, assim, toham uma correta apreciação das alegações de lesão ou ameaça de direito que está na base do direito de acesso à Justiça, sem que se veja como elas podem reduzir o acúmulo de feitos perante o Supremo Tribunal Federal, pois só nesse âmbito tem aplicação.

A respeito do efeito vinculante dos demais tribunais inferiores às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, Mendes (2015) defende que o mesmo não configura algo novo, sendo que aduz inclusive a necessidade de vinculação de

¹⁶ CF, art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

todas as decisões do Supremo tribunal Federal, obrigando tanto a própria corte quanto os demais tribunais a observarem o que nela estabelecido.

Na mesma esteira, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 847) afirmam:

A compreensão da necessidade de cada uma das decisões do STF obrigar a própria Corte e os demais tribunais advém da premência de se dar sentido a função da mais alta Corte brasileira diante do sistema de controle de constitucionalidade. Não há racionalidade em entender que apenas algumas das suas decisões, tomadas no controle difuso, merecem ser respeitadas, como se o jurisdicionado não devesse confiar em tais decisões antes de serem sumuladas. Ora, isso seria o mesmo que concluir que a segurança jurídica e a previsibilidade dependeriam das sumulas e, por consequência, que o próprio Poder Judiciário, diante do sistema ao qual é submetido, poderia se eximir de responder aos seus deveres e aos direitos fundamentais do cidadão perante a justiça.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal possui legalmente diversas competências a ele atribuídas, atuando, inclusive, em diversas vezes como se poder legislativo fosse vinculando todo poder judiciário e, conseqüentemente, a sociedade, com suas decisões.

Ocorre que, os membros do STF não são submetidos ao crivo da escolha popular para exercerem suas funções de modo vitalício, surgindo a necessidade de averiguar a legitimidade democrática dos mesmos para atuarem na omissão do Poder Legislativo, visto que a Constituição da República estabelece que o poder de legislar emana da vontade popular por meio do voto, sendo que, conforme será visto a seguir, legitimidade não pode ser confundida com legalidade, embora sejam institutos que frequentemente são vinculados.

2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

O presente capítulo objetiva explicar a legitimidade democrática, sendo necessária a realização de uma análise de como foi instaurado o regime democrático no Brasil, bem como uma diferenciação entre os institutos da legalidade e da legitimidade, demonstrando que ambos, embora semelhantes e vinculados, não se confundem.

2.1 REGIME DEMOCRÁTICO

Etimologicamente a democracia significa governo do povo, eis que se fundamenta na atuação da sociedade nas decisões políticas emanadas pelo Estado. Entretanto, doutrinariamente, tem-se que o conceito de democracia é indeterminado, pois tem sua concepção fundamentada na evolução histórica da sociedade.

Streck e Moraes (2014, p. 83), coadunam com a argumentação acima exposta, preponderando:

Desnecessário dizer que a conceituação de democracia é uma tarefa quase impossível, mormente porque o termo “democracia”, com o passar do tempo, foi transformado em um estereótipo, contaminado por uma anemia significativa (Warat). Daí que parece acertado dizer que a razão está com Claud Lefort, para quem a democracia é uma constante invenção, isto é, deve ser inventada cotidianamente.

No mesmo sentido, Gomes (2016, p. 83) demonstra que a democracia se transpõe em um valor historicamente consubstanciado na sociedade, ao afirmar que democracia:

Trata-se de um dos mais preciosos valores da atualidade. Os valores são construídos historicamente. Com o tempo, a realização de certas ideias torna-se consenso na comunidade, passando a moldar-lhe o perfil, integrando, pois, seu acervo cultural, sua história. Daí em diante, transformam-se em referências importantes para a tomada de decisões, e mesmo para a subsistência daquele modelo de vida social. Impõem-se naturalmente, de maneira a moldar a estrutura e o pensamento político da sociedade, participando de sua própria identidade, de seu modo de ser. Assim ocorre com a democracia. As inúmeras batalhas travadas em torno do alargamento da liberdade, para a conquista e a manutenção do poder político, a luta por maior participação popular no governo e, pois, no exercício desse mesmo poder, os conflitos em prol de sua delimitação, a peleja pela afirmação de direitos humanos e fundamentais, pela efetivação

de direitos sociais, a evolução das instituições – tudo somado contribuiu para que alguns valores se erguessem e se firmassem indelevelmente como verdades históricas.

Assim, observa-se que a democracia apresenta uma constante metamorfose concatenada ao desenvolver da sociedade colimada, intrinsecamente, aos valores da igualdade e da liberdade, conforme o entendimento alinhavado por Gomes (2016, p. 86):

Os valores liberdade e igualdade necessariamente participam da essência da democracia. A liberdade denota o amadurecimento de um povo, que passa a ser artífice de seu destino e, conseqüentemente, responsável por seus atos. Já não existe um ser divino a quem se possa ligar o direito de exercer a autoridade estatal, de sorte a legitimá-la. É o próprio povo, soberano, que se governa. De outro lado, a igualdade significa que a todos é dado participar do governo, sem que se imponham diferenças artificiais e injustificáveis como a origem social, a cor, o grau de instrução, a fortuna ou o nível intelectual.

Nessa esteira, Silva (2006, p. 126) acredita que a melhor concepção para definir o termo democracia é a elaborada por Lincoln, que a resume como “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Ainda, conclui o autor (2006, p. 126) que “a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”.

Superada a conceituação da democracia, urge a necessidade de compreender quais são os fundamentos do regime democrático no Brasil.

No que se refere aos princípios norteadores do Estado Democrático, Dallari (1998, p. 56) aduziu:

Uma síntese dos princípios que passaram a nortear os Estados, como exigências da democracia, permite-nos indicar três pontos fundamentais: A supremacia da vontade popular, que colocou o problema da participação popular no governo, suscitando acesas controvérsias e dando margem às mais variadas experiências, tanto no tocante a representatividade, quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais e partidários. A preservação da liberdade, entendida sobretudo como o poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado. A igualdade de direitos, entendida como a proibição de distinções no gozo de direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre classes sociais.

Dallari (1998) complementou o acima exposto explicando que as transformações do Estado durante o século XIX e da primeira metade do século XX

estariam determinadas pela busca de realização dos preceitos acima elencados (a supremacia da vontade popular; a preservação da liberdade; a igualdade de direitos), esclarecendo que os mesmos foram postos como limitantes a qualquer objetivo político de quem exerce os poderes.

O autor evidencia ainda que a preocupação primordial do Estado democrático sempre foi a participação do povo na organização do Estado, na formação e na atuação do governo, considerando que o povo, ao expressar sua vontade soberana, saberá como resguardar sua liberdade e seus direitos sociais (DALLARI, 1998).

Corroborando com as ideias acima apresentadas, Streck e Moraes (2014), entendem que a ascensão do Estado Democrático possuiu cunho transformador da realidade, não podendo ser restringido, como o Estado Social¹⁷, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Logo, segundo os autores o conteúdo da democracia ultrapassa o aspecto material de assegurar a dignidade do homem, passando a agir fomentando a participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, funcionando como limitadores do exercício dos poderes.

No que refere aos princípios norteadores da democracia, Streck e Moraes (2014, p. 75) elencam os seguintes:

Com efeito, são princípios do Estado Democrático de Direito:
 A - Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica;
 B - Organização Democrática da Sociedade;
 C - Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade;
 D - Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades;
 E - Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa;
 F - Divisão de Poderes ou de Funções;
 G - Legalidade, que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;

¹⁷ A passagem da fórmula liberal do Estado Mínimo para o Estado Social, em sentido amplo, importou na transformação do perfil do modelo adotado pelo liberalismo clássico, no qual, como visto acima, à autoridade pública incumbia apenas, e tão só, a manutenção da paz e da segurança, limitada que estava pelos impedimentos próprios às liberdades negativas da época. A partir de meados do século XIX, percebe-se uma mudança de rumos e de conteúdos no Estado Liberal, quando este passa a assumir tarefas positivas, prestações públicas, a serem asseguradas ao cidadão como direitos peculiares à cidadania, agindo, assim, como ator privilegiado do jogo socioeconômico (STRECK ; MORAES, 2014, p. 50).

H - Segurança e Certeza Jurídicas.

Destarte, a democracia instaurada no Brasil objetiva a garantia da ordem bem como dos direitos fundamentais inerentes ao homem, assegurando que, por meio da vontade popular, os poderes atuem sempre zelando pelo interesse social.

Insta gizar que a democracia pode ser exercida pelo povo das seguintes formas: direta, indireta ou semidireta. A democracia direta consiste na atuação do povo como governo, sem intermédio de quaisquer representantes.

Kelsen (1998, p. 412) a define da seguinte forma:

Uma democracia direta caracteriza-se pelo fato de que a legislação, assim como as principais funções executivas e judiciárias, é exercida pelos cidadãos em assembleias populares ou assembleia primária. Tal organização é possível apenas em comunidades pequenas e sob condições sociais simples.

Já a democracia indireta ou representativa é realizada por meio de representantes devidamente escolhidos pelo povo, ante a impossibilidade de efetivarem a atuação diretamente.

Dallari (1998, p. 57) sintetiza a democracia indireta afirmando que “Na democracia representativa o povo concede um mandato a alguns cidadãos, para, na condição de representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões em seu nome, como se o próprio povo estivesse governando”.

A democracia semidireta, por sua vez, apregoa um híbrido entre as duas figuras anteriores, sendo que além de necessitar de representantes, também engloba alguns institutos de atuação direta do exercício do poder.

Bonavides (2000, p. 354) elucida as nuances acima apresentadas da seguinte maneira:

Quanto à terceira forma de democracia, a chamada democracia semidireta, trata-se de modalidade em que se alteram as formas clássicas da democracia representativa para aproximá-la cada vez mais da democracia direta.

[...]

Acrescenta-se portanto à participação política certa participação jurídica, isto é, ao povo se reconhece, para determinadas matérias, esfera de competência em que ele diretamente, observando formas prescritas pela ordem normativa, cumpre atos cuja validade fica assim sujeita ao seu indispensável concurso.

Nesse mesmo contexto, cumpre trazer à baila a definição e diferenciação das três formas de exercer a democracia consolidadas na história, resumidamente apresentada por Almeida (2011, p. 69):

A democracia pode ser classificada em direta (os cidadãos participam diretamente das decisões estatais, tal como na Grécia antiga), indireta [o povo participa dos negócios do Estado, através de seus representantes eleitos (parlamentares, tal como só acontecer na atualidade na grande maioria das nações] e semidireta (a população politicamente ativa participa ora direta ora indiretamente dos destinos estatais).

No mais, é importante frisar que a Constituição Federal de 1988 determinou que no Brasil vigorará o regime de governo democrático semidireto, nos termos do art. 1º, parágrafo único, *ipsis litteris*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Logo, de suma importância as características do regime democrático, principalmente enfatizando o vigente no Brasil para a presente pesquisa, visto que, aqui se objetiva enquadrar as situações ocorridas na atualidade no cenário do regime democrático vigente, analisando as possibilidades de atuação dos poderes dentro dos parâmetros da legalidade e da legitimidade que são constitucionalmente a ele atribuídos.

2.2 LEGITIMIDADE *VERSUS* LEGALIDADE

Para melhor identificar o que se entende por legitimidade, necessário um contraponto com a legalidade, institutos jurídicos que não se confundem, não obstante estejam interligados.

Bonavides (2000, p. 140) define e diferencia legalidade e legitimidade da seguinte forma:

A legalidade supõe por conseguinte o livre e desembaraçado mecanismo das instituições e dos atos da autoridade, movendo-se em consonância com os preceitos jurídicos vigentes ou respeitando rigorosamente a hierarquia

das normas, que vão dos regulamentos, decretos e leis ordinárias até a lei máxima e superior, que é a Constituição.

[...]

Já a legitimidade tem exigências mais delicadas, visto que levanta o problema de fundo, questionando acerca da justificação e dos valores do poder legal. A legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração. É o critério que se busca menos para compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social que ele é chamado a disciplinar.

Observa-se que a legalidade se refere minuciosamente a positivação dos preceitos jurídicos se transmutando, conseqüentemente, em textos de lei. Por outro lado, a legitimidade se consubstancia com a aprovação do texto legal pela sociedade que pode aceitar e/ou negar as situações que lhe são impostas, da maneira que determina o regime democrático.

Streck e Moraes (2014, p. 31) corroboram com a ideia acima exposta, informando que a legitimidade de um poder é extraída apenas após a sua aceitação pela sociedade, *in verbis*:

O princípio que dá legitimidade ao poder é a vontade geral, assim explicado por Rousseau: “Creio poder estabelecer como princípio indiscutível que somente a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo a finalidade de sua instituição, que é o bem comum; com efeito, se para que aparecessem as sociedades civilizadas foi preciso um choque entre os interesses particulares, o acordo entre esses é o que as faz possíveis. O vínculo social é consequência do que existe em comum entre esses interesses divergentes, e se não houvesse nenhum elemento no qual coincidissem os interesses, a sociedade não poderia existir. Isto posto, porquanto que a vontade sempre se dirige para o bem do ser que quer e a vontade particular sempre tem por objetivo o bem privado, enquanto que a vontade geral se dirige ao interesse comum, disso se deduz que somente esta última é, ou deve ser, o verdadeiro motor do corpo social”.

Cabe, ainda, mencionar a diferenciação de legalidade e legitimidade efetivada por Belchior (2008, p. 211):

Legalidade, portanto, não se confunde com legitimidade. Segundo Gérson Marques, “o conceito de legalidade é mais jurídico (técnico--jurídico), enquanto o de legitimidade é mais político (político-jurídico ou ideológico)”. Vale ressaltar que a falta de legitimidade de uma lei, não significa que ela seja ilegal. No Estado Democrático de Direito, entretanto, legitimidade e legalidade entrelaçam-se, uma dando base de sustentação para a outra, pois a primeira deve ser levada em consideração na concretização dos fins do Estado.

Burdeau (*apud* BONAVIDES, 2000, p. 119) também diferenciou os institutos da legalidade e da legitimidade, explicando-os de maneira sucinta: “[...] a legalidade

é tão somente questão de forma; a legitimidade, questão de fundo, substancial, relativa à consonância do poder com a opinião pública, de cujo apoio depende”.

No que se refere à necessidade legitimidade para o exercício de poderes, Bonavides (2000) defende que a legitimidade tem relação direta com a autoridade para aplicação do poder, sendo que, quanto maior a legitimação social mais estável se apresentará o poder à autoridade competente. Neste sentido:

A nosso ver, a força exprime a capacidade material de comandar interna e externamente; o poder significa a organização ou disciplina jurídica da força e a autoridade enfim traduz o poder quando ele se explica pelo consentimento, tácito ou expresso, dos governados (quanto mais consentimento mais legitimidade e quanto mais legitimidade mais autoridade). O poder com autoridade é o poder em toda sua plenitude, apto a dar soluções aos problemas sociais. Quanto menor a contestação e quanto maior a base de consentimento e adesão do grupo, mais estável se apresentará o ordenamento estatal, unindo a força ao poder e o poder à autoridade. Onde porém o consentimento social for fraco, a autoridade refletirá essa fraqueza; onde for forte, a autoridade se achará robustecida (BONAVIDES, 2000, p.134).

Já no âmbito da legalidade, segundo Kelsen (2000), para que o ideal de democracia seja exercido é fundamental observar não somente a legislação, mas também a execução das normas devem ser completamente democratizadas, ou seja defende que a execução das leis, bem como a organização dos poderes devem respeitar a legalidade estabelecida pelo poder Legislativo, defendendo que, “se a legislação é democrática, ou seja, se ela expressa a vontade do povo, então, quanto mais a execução corresponder ao postulado de legalidade, mais democrática ela será” (KELSEN, 2000, p. 427).

Diante dos entendimentos trabalhados verifica-se que, embora estejam interligadas, a legitimidade não está vinculada à ideia de legalidade, visto que, uma norma ou um ato pode estar dentro do âmbito da legalidade e mesmo assim ser considerado ilegítimo no cenário social, visto que, a população não deu consentimento, apoio, ao exercício de determinado ato ou poder por quem o exerce.

Logo, tem-se que, embora legalizados, os institutos normativos bem como os representantes dos poderes devem passar pelo crivo da legitimidade popular e democrática, para serem considerados legítimos no sistema jurídico.

2.3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA – VOTO POPULAR

Superada a diferenciação entre legitimidade e legalidade cumpre esclarecer a maneira que é legitimada uma norma ou exercício de poder no regime democrático, tratando-se, portanto, de uma legitimidade democrática.

Conforme citado alhures, no Brasil vigora uma democracia participativa, também chamada de governo democrático semidireto, na qual o povo, por meio do voto e de mecanismos constitucionalmente estabelecidos, determina como serão exercidos os poderes.

Nesse diapasão, o povo ao eleger seus representantes os legitimará democraticamente, ou seja, substancialmente irão expressar sua opinião e dar apoio aos seus representantes, para que atuem defendendo seus interesses e exerçam as funções governamentais para o efetivo convívio pacífico e harmônico de toda a coletividade.

A legitimação dos representantes do povo é realizada por meio do voto popular, ou seja, a legitimação somente ocorre após a escolha democrática de quem irá exercer o poder, conforme expõe o art. 14 combinado com o art. 1º, parágrafo único, ambos da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

Art. 1º [...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Logo, haja vista as prescrições constitucionais supramencionadas, tem-se que a legitimação para o exercício do poder é oriunda da participação popular, e tão somente ao serem legitimados democraticamente para representarem o povo, que os eleitos passam a ter poderes amplos para governar em todas as suas nuances com afã de harmonizar a vida em sociedade.

Enfatizando a necessidade de legitimação do poder pelo povo tem-se o entendimento de que a validade dos atos e da atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo é presumida, pelo fato de que, os agentes públicos de alto escalão

dos mesmos são diretamente eleitos pelo povo no dever de promoção do interesse público.

Nesse sentido, Barroso (2010, p. 342) aduz:

As leis e atos normativos, como os atos do Poder Público em geral, desfrutam de presunção de validade. Isso porque, idealmente, sua atuação se funda na legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos, no dever de promoção do interesse público e no respeito aos princípios constitucionais, inclusive e sobretudo os que regem a Administração Pública (art. 37).

Ocorre que, diferentemente dos demais poderes, os agentes públicos do alto escalão do Poder Judiciário, ministros do Supremo Tribunal Federal, são empossados/nomeados por métodos diversos que não passam pelo crivo popular de aprovação, logo, não teriam sido legitimados democraticamente para exercerem suas atribuições.

Nessa esteira, com a definição de legitimidade democrática urge a contradição sobre a (i)legitimidade do STF para vincular toda sociedade com suas decisões, como se legislativo fosse, em um regime democrático, emergindo a problemática da presente pesquisa, que se baseia na presente dúvida: Os ministros do Supremo Tribunal Federal podem ser considerados legitimados democraticamente para atuar na omissão legislativa, vinculando toda sociedade com suas decisões, quando o poder de legislar deve emanar da escolha do povo para ser legítimo? Ou, analisando sob outro aspecto: é compatível com o regime democrático de direito a maneira de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para exercer as competências que lhes são atribuídas?

3 (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste capítulo será verificada a legitimidade ou ilegitimidade do Supremo Tribunal Federal para atuar diante de uma omissão legislativa, quando for levada a seu crivo a decisão de casos que geram impactos sociais vinculando toda a sociedade, ante ao regime democrático instaurado no país.

Neste contexto, conforme demonstrado alhures, a presente pesquisa não objetiva analisar a legalidade e nem mesmo a constitucionalidade da atuação do Supremo Tribunal Federal, sendo que, o objetivo aqui é analisar a legitimidade democrática dos ministros do STF para exercer as funções do Poder Legislativo quando este for omissor, visto que, o modo de ingresso dos Ministros do STF no poder é absolutamente contraposto ao dos membros do Poder Legislativo, poder este que deve ser representado por pessoas legitimadas democraticamente, por meio do voto popular, para exercerem suas funções em nome de toda sociedade.

Nada obstante, a referida corte não teve seus ministros escolhidos por meio do voto popular, bem como não foram submetidos à opinião do povo, gerando entendimentos divergentes quanto à observância do regime democrático que estabelece expressamente que todo poder deverá emanar do povo.

Parte da doutrina defende que é inaceitável que a sociedade espere a atuação Legislativa para ter seu direito garantido em um Estado Democrático de Direito, visto que, há a notável evolução social que ocorre de modo muito mais avançado que a atuação do Poder Legislativo, atribuindo ao Poder judiciário, em um primeiro momento, a competência para decidir sobre causas inéditas bem como tornar estas decisões importantes precedentes, vinculando toda sociedade, atuando como se fosse essa a medida de justiça cabível.

3.1 OMISSÃO LEGISLATIVA *VERSUS* ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Conforme já exposto, ao Poder Legislativo foram atribuídas as competências de legislar e fiscalizar, sendo que tais competências são exercidas pelos membros do legislativo escolhidos pelo povo por meio do voto popular, em razão da democracia participativa, ou semidireta, instaurada no Brasil, que prevê que todo poder emana do povo.

O Poder Legislativo é o responsável pela criação de leis que salvaguardem todos os direitos inerentes aos indivíduos da sociedade, representando os interesses sociais acima de qualquer outro, devendo, portanto, ser um poder que se adequa a realidade fática e jurídica de cada sociedade.

Ocorre que, parte da doutrina, representada primordialmente por Barroso (2015), entende que a recorrente demora no processo legislativo e na atuação do Poder Legislativo tornaria imperiosa a atuação dos outros poderes (executivo e judiciário) como se legislativo fossem, com o objetivo de assegurar aos indivíduos o exercício pleno de seus direitos fundamentais, visto que a democracia contemporânea englobaria três dimensões diversas, quais sejam: formal (representativa)¹⁸, substantiva (constitucional)¹⁹ e deliberativa²⁰.

Nesta senda, Mendes, (2015, p. 178) esclarece:

Inicialmente formulado em sentido forte — até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas — o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam. Nesse contexto de "modernização", esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as

¹⁸ "Na sua dimensão de democracia representativa, o elemento essencial é o voto e os protagonistas são o Congresso Nacional e o Presidente da República. Há problemas diversos na dimensão representativa da democracia brasileira, sobretudo no tocante à eleição para a Câmara dos Deputados. Nela, um sistema eleitoral proporcional e de lista aberta cria um modelo em que mais de 90% dos deputados não são eleitos com votação própria, mas mediante transferência de voto partidário. Nessa fórmula, o eleitor não sabe exatamente quem o elegeu e o parlamentar não sabe exatamente por quem foi eleito. Como consequência, eleitores não têm de quem cobrar e os eleitos não sabem a quem prestar contas. Não há legitimidade democrática que possa ser adequadamente satisfeita por uma equação como essa" (BARROSO, 2015, online).

¹⁹ "A segunda dimensão é a da democracia constitucional. Para além do componente puramente representativo/majoritário, a democracia é feita também, e sobretudo, do respeito aos direitos fundamentais. São eles pré-condições para que as pessoas sejam livres e iguais, e possam participar como parceiros em um projeto de autogoverno coletivo. Tivemos muitos avanços nessa área: liberdade de expressão, de associação e de reunião assinalam a paisagem institucional brasileira. Ao lado delas, foram agregadas conquistas importantes em temas de direitos sociais, como educação e saúde, e avanços nas liberdades existenciais, com o reforço na proteção dos direitos de mulheres, negros e homossexuais. O protagonista dessa dimensão da democracia é o Judiciário e, particularmente, o Supremo Tribunal Federal" (BARROSO, 2015, online)

²⁰ "A terceira dimensão da democracia contemporânea identifica a democracia deliberativa, cujo componente essencial é a apresentação de razões, tendo por protagonista a sociedade civil. A democracia já não se limita ao momento do voto periódico, mas é feita de um debate público contínuo que deve acompanhar as decisões políticas. Participam desse debate todas as instâncias da sociedade, o que inclui o movimento social, imprensa, universidades, sindicatos, associações, cidadãos comuns, autoridades etc. A democracia deliberativa significa a troca de argumentos, o oferecimento de razões e a justificação das decisões que afetem a coletividade. A motivação, a argumentação e o oferecimento de razões suficientes e adequadas constituem, também, matéria prima da atuação judicial e fonte de legitimação de suas decisões" (BARROSO, 2015, online).

nossas medidas provisórias — que são editadas com *força de lei* — bem assim para a legislação *judicial*, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças *aditivas* proferidas por esses super tribunais em sede de controle de constitucionalidade (grifos do autor).

A legitimidade democrática do STF para atuar na omissão legislativa é defendida ainda com fundamento de que, como guardião da constituição, cabe a ele exercer a tutela jurisdicional efetiva para sanar as eventuais lacunas existentes no ordenamento jurídico constitucional, suprimindo qualquer conflito e/ou omissão que não possibilite o exercício de um direito fundamental por parte dos indivíduos que compõe a sociedade, uma vez que o próprio Poder Constituinte Originário atribuiu tal prerrogativa à Suprema Corte.

Cappelletti (1999, p. 68) expõe com primazia o entendimento de que o STF, como tribunal e órgão jurisdicional, tem o papel desafiador de resguardar os direitos fundamentais, ante a deficiente atuação dos demais poderes, *in verbis*:

Inevitavelmente, o tribunal investido na árdua tarefa de atuar a constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo a tais enigmáticos e vagos preceitos, conceitos valores (tarefa, claro esta, altamente criativa), ou considerar com não vinculante justamente o núcleo central das constituições modernas, vale dizer, a parte dos textos constitucionais relativa à salvaguarda dos direitos fundamentais do homem em face do poder público.

Segundo este entendimento resta claro que o STF atua em consonância com as atribuições constitucionalmente garantidas, sendo que, em razão destas premissas, é totalmente legítimo para atuar na omissão, deficiência ou antagonismo das normas constitucionais, eis que sua legitimidade é extraída da simples exposição literal na Constituição Federal.

Nesse mesmo diapasão Martin (2012, p. 39):

[...] a legitimidade da Jurisdição Constitucional diz respeito à competência que o legislador constituinte, por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte, assegurou ao Tribunal Constitucional, sendo legítimo somente pelo fato de existir, tal legitimidade tem qualidades estáticas, é de ordem institucional.

Cabe mencionar que os entendimentos adotados pela Suprema Corte acabam vinculando todo o Poder Judiciário que, por sua vez, passa a considerar o precedente como se lei fosse, logo, as decisões do STF, mesmo que não sejam

fundamentadas por lei, e até mesmo se forem contrárias a ela, irão possuir força de lei perante todo o judiciário, vinculando, portanto, toda sociedade, visto que é o último poder de análise dos direitos e garantias fundamentais que devem preponderar perante outros.

Por outro lado, parte da doutrina, aduz de modo crítico que o Supremo Tribunal Federal atualmente está adotando posicionamentos que interferem diretamente nas atribuições do poder legislativo, inclusive, esporadicamente com a prolação de decisões com cunho eminentemente contrário à lei, usurpando, conseqüentemente, as atribuições conferidas ao legislativo, que é devidamente legitimado pelo povo para exercício da respectiva função.

Frisa-se, ainda, que conforme demonstrado acima, os ministros do Supremo Tribunal Federal, diferentemente dos agentes políticos dos demais poderes, exercem atividade de modo vitalício e sem representatividade popular direta, ferindo, segundo parte da doutrina, flagrantemente as bases de sustentação do regime democrático de direito, uma vez que o artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal é veementemente uníssono ao dispor que todo poder emana do povo.

Nesse sentido, segue o entendimento de Belchior (2008, p. 214):

O Judiciário, em especial o STF, ante sua origem não representativa, é o órgão menos indicado para o papel de intérprete da vontade do povo, consubstanciada na Constituição e, por consequência, censor do Legislativo. Consoante o professor Rocha, “é inadmissível que um órgão sem ligações com a vontade popular seja encarregado de traduzir, exprimir, compreender e dar significação a esta vontade.

Logo, o STF não possui a representatividade popular imiscuída aos demais poderes, sendo que sequer passa pela aprovação da Câmara dos Deputados, que é a casa do Congresso Nacional incumbida em representar o povo.

Da mesma maneira, verbera Ruzon (2006, p. 80):

Em nossa Democracia Semi-Direta, em que a participação no processo legislativo é destinada apenas aos representantes escolhidos através do voto, e em raras exceções exercida pelo próprio povo, através do plebiscito, referendo ou iniciativa de lei, é a Câmara de Deputados que representa os brasileiros. O Senado Federal existe para representar os diversos Estados-membros. Surge a pergunta: Em qual momento a Câmara de Deputados interfere na escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal? Não há resposta à questão, pois não há qualquer participação da Câmara na composição do STF.

Enfatizando a crítica em relação à atuação do STF na omissão do Poder legislativo, insta salientar que os membros do primeiro escalão dos poderes Legislativo e Executivo exercem suas atribuições periodicamente, sendo eleitos diretamente pelo povo para tal finalidade, logo o poder Judiciário para atuar na omissão legislativa deveria também, segundo parte da doutrina, ser legitimado democraticamente com as mesmas nuances dos demais poderes, salvaguardando os direitos dos indivíduos independentemente da velocidade do Poder Legislativo e ao mesmo tempo respeitando o regime democrático vigente.

Diante de todo exposto, constata-se que a divergência doutrinária a respeito da (i)legitimidade do STF é extraída pelo modo de ingresso dos membros no órgão, pela competência atribuída à ele pelo poder originário e, por fim, do desenvolvimento da democracia.

3.2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Significativa parte da doutrina entende que o STF é legitimado democraticamente para atuar e exercer a função legislativa quando necessário para salvaguardar direitos fundamentais que preponderam segundo o entendimento do tribunal.

Neste sentido, Tavares (*apud* LIMA, 2001) defende que os membros dos Tribunais Constitucionais possuem legitimidade democrática, pelo fato de terem sido nomeados pelo Presidente da República que representa diretamente o povo, garantindo-lhes neste momento a legitimidade democrática.

Por outro lado, mas no mesmo enfoque, Barroso (2015) entende que a legitimidade democrática do STF para exercer sua função, mesmo quando houver a omissão legislativa, está consubstanciada na existência de três dimensões da democracia, quais sejam a dimensão formal ou representativa, a dimensão substantiva ou constitucional e a dimensão deliberativa, defendendo que a democracia atual exige muito mais que legitimação popular por meio do voto para o exercício dos poderes, exigindo também que o judiciário, por meio das razões aplique a casos anômalos o direito que considerar o mais justo, independentemente de lei ou legitimação popular.

Neste sentido:

A premissa subjacente a esse raciocínio tampouco é difícil de enunciar: a política majoritária, conduzida por representantes eleitos, é um componente vital para a democracia. Mas a democracia é muito mais do que a mera expressão numérica de maior quantidade de votos. Para além desse aspecto puramente formal, ela possui uma dimensão substantiva, que abrange a preservação de valores e direitos fundamentais. Essas duas dimensões — formal e substantiva — somam-se, ainda, dimensão deliberativa, feita de debate público, argumentos e persuasão. A democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões (BARROSO, 2015, p. 25).

Corroborando com o entendimento acima exposto, defendendo a legitimidade democrática da atuação do Supremo Tribunal Federal, em razão da complexidade da democracia atual, na qual deve prevalecer os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana sobre qualquer outro, Martin (2012, p. 14) aduz:

Ora, convém asseverar que numa democracia complexa como a brasileira, em que, inicialmente, se buscou albergar na própria Constituição interesses tão dispares, o STF pretende assegurar não apenas o domínio da maioria, mas igualmente a consideração às minorias. A defesa de direitos constitucionais fundamentais de minorias pelo Tribunal Constitucional será dotada de uma especial legitimidade democrática, tendo em vista que por efetivar tais direitos já se torna legítimo.

O autor entende ainda que a evolução social e constitucional fomenta a legitimidade do STF para intervir na atuação dos outros poderes legitimados democraticamente, eis que a teoria clássica da separação dos poderes estaria em colapso com a jurisdição constitucional atual:

Dessa forma, a Jurisdição Constitucional além de manter uma permanente tensão com a democracia, também coloca em *colapso* os elementos clássicos que fomentaram a instituição do Estado de Direito. Eis que modifica o antigo desenho conferido às funções de Estado por ocasião da teoria clássica de Separação dos Poderes, outorgando ao Poder Judiciário protuberante posição, vez que coloca nas mãos desse Poder a *ultima ratio* no que diz respeito a manter a supremacia e a normatividade do Texto Constitucional, o que fomenta a legitimidade do Tribunal Constitucional em interferir nas decisões tomadas (ou não tomadas!) pelos representantes do povo (MARTIN, 2012, p. 6, grifos do autor).

Nesta esteira, Barroso (2015) expõe que, em que pese a dimensão formal da democracia estabeleça a necessidade do voto para a legitimação dos poderes, há duas dimensões muito mais amplas da democracia na atualidade, quais sejam: a dimensão substantiva e a dimensão deliberativa, que legitimaria o Poder Judiciário a atuar na omissão legislativa, visto que cabe à ele salvaguardar os direitos

fundamentais inerentes a todo indivíduo constitucionalmente, bem como alavancar o avanço da sociedade no âmbito jurídico.

Ao esclarecer a existência de três dimensões da democracia, Barroso (2015) explica ainda a atribuição de três grandes papéis ao Supremo Tribunal Federal: contramajoritário, representativo e iluminista, sendo que, segundo o autor estes papéis não são fungíveis, devendo o STF adotá-los de acordo com a necessidade de cada caso específico, sendo legítimo democraticamente, portanto, em todos os momentos que estiver exercendo qualquer um de seus papéis.

A respeito do papel contramajoritário, Barroso (2015, *online*) o define da seguinte maneira:

Supremas cortes e tribunais constitucionais em todo o mundo desempenham, ao menos potencialmente, três grandes papéis: contramajoritário, representativo e iluminista. Também assim o Supremo Tribunal Federal. O papel contramajoritário identifica, como é de conhecimento geral, o poder de as cortes supremas invalidarem leis e atos normativos, emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo. A possibilidade de juízes não eleitos sobrepor a sua interpretação da Constituição à de agentes públicos eleitos foi apelidada por Alexander Bickel como “dificuldade contramajoritária”. Como assinalado, este é um dos temas mais estudados na teoria constitucional. A despeito da subsistência de visões divergentes, entende-se que este é um papel legítimo dos tribunais, notadamente quando atuam, em nome da Constituição, para protegerem os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, mesmo contra a vontade das maiorias.

Já no que se refere ao papel representativo do Supremo Tribunal Federal, que ocorre quando o judiciário atua para atender demandas sociais que ainda não foram legalizadas pelo Poder Legislativo, e quando necessário integrar a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador, aduz o autor:

Em segundo lugar, cortes constitucionais em geral, e o Supremo Tribunal Federal em particular, desempenham, em diversas situações, um papel representativo. Isso ocorre quando atuam (i) para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo, (ii) bem como para integrar a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador. No texto, citei os exemplos da proibição do nepotismo, da imposição da fidelidade partidária e da regulamentação da greve no serviço público. Numa situação um tanto intermediária em relação ao papel contramajoritário e representativo posicionam-se as decisões que interferem com a execução de políticas públicas. Nessa linha, há julgados envolvendo o tema da concretização de direitos sociais, nas quais se determinam providências como fornecimento de medicamentos, melhoria das condições de hospitais e escolas, realização de obras de saneamento e reformas de presídios, entre outras (BARROSO, 2015, *online*).

E por fim, Barroso (2015, *online*) defende que em situações excepcionais, o STF, como Corte Constitucional deve desempenhar o papel iluminista, promovendo suas decisões baseadas em valores racionais e avanços sociais, empurrando a evolução do direito na história:

Por fim, em situações excepcionais, com grande autocontenção e parcimônia, cortes constitucionais devem desempenhar um papel iluminista. Vale dizer: devem promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história. São decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população. Ainda assim, são necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para a superação de discriminações e preconceitos. Conforme registrado no texto, situam-se nessa categoria a decisão da Suprema Corte americana em *Brown v. Board of Education*, deslegitimando a discriminação racial nas escolas públicas, e a da Corte Constitucional da África do Sul proibindo a pena de morte. No Brasil, foi este o caso do julgado do Supremo Tribunal Federal que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento de pessoas do mesmo sexo.

O autor defende ainda, que o STF é o guardião da constituição e da democracia em sua dimensão substantiva (constitucional) em razão de sua capacidade para salvaguardar princípios e direitos fundamentais, independentemente de valores políticos e de processo eleitoral, mas sempre fundamentando suas decisões com argumentos jurídicos e racionais, zelando primordialmente pelo interesse público:

A democracia, portanto, para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça. É isso que a transforma, verdadeiramente, em um projeto coletivo de autogoverno, em que ninguém é deliberadamente deixado para trás. Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política. Em quase todo o mundo, o guardião dessas promessas é a suprema corte ou o tribunal constitucional, por sua capacidade de ser um fórum de princípios — isto é, de valores constitucionais, e não de política — e de razão pública — isto é, de argumentos que possam ser aceitos por todos os envolvidos no debate. Seus membros não dependem do processo eleitoral e suas decisões têm de fornecer argumentos normativos e racionais que a suportem (BARROSO, 2015, p. 37).

No mesmo diapasão, Sampaio (*apud* MENDES, 2015) entende que o Poder Judiciário no desempenho de sua missão pode praticar atos que vão desde a

sentença clássica até atos propriamente legislativos, sendo que, se fosse escalonar a extensão dos efeitos suas decisões seriam enquadradas em: sentença clássica, precedente, sentença normativa, jurisprudência vinculante, atos quase legislativos e plenamente legislativos.

Martin (2012) defende que a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal é especial em razão da função “protetora” que o mesmo exerce, visto que ao efetivar a defesa de direitos constitucionais fundamentais de todos os indivíduos já estaria legitimado democraticamente, pois não pretende atender somente às necessidades da maioria, mas também das minorias, sendo incabível segundo o autor alegar a ilegitimidade democrática do STF em uma democracia tão complexa como a Brasileira, que alberga na própria constituição interesses e direitos extremamente dispares. Nesta senda:

[...] o que fornece legitimidade democrática ao Tribunal Constitucional é sua função jurisdicional, voltada especificamente para os anseios verdadeiramente democráticos da sociedade contemporânea, desempenhando importante papel na defesa do pluralismo das minorias e no controle do Poder Público, especialmente fundado no princípio-matriz da dignidade da pessoa humana (MARTIN, 2012, p. 41).

Crispim (2014) entende que os poderes Legislativo e Executivo que possuem no processo democrático representatividade estão apresentando um processo de conflito, visto que, a evolução social está avançando muito mais rápido que os demais poderes, cabendo ao Supremo Tribunal Federal suprir as lacunas legislativas e conseqüentemente emergir o ativismo judicial no país. Logo, o autor aduz:

Em síntese, os demais Poderes, Legislativo e Executivo, que têm prerrogativas específicas no processo democrático e na representatividade popular, nitidamente estão atravessando um processo de conflito de legitimidade. Diante disso, quem é suficientemente capaz de ocupar as lacunas legislativas é o Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual se percebe a evolução e o crescimento do ativismo judicial no Brasil, decorrente dessa judicialização dos sistemas políticos sociais que foram constitucionalmente institucionalizados, tornando-se elemento de direito estabelecido na Constituição da República. Com isso, configura-se um novo perfil ao Poder Judiciário do Brasil de hoje em dia. Trata-se dos efeitos democráticos fortalecidos com a Constituição de 1988, que certamente acarretou mais poder e autonomia ao Judiciário (CRISPIM, 2014, p. 101).

Destarte, ficou demonstrado que parte da doutrina entende que o STF tem legitimidade democrática para atuar na omissão legislativa por motivos diversos, não sendo necessário, portanto, qualquer alteração na maneira de ingresso dos membros do STF e nem mesmo de suas atribuições constitucionalmente estabelecidas, visto que, apesar de não ser legitimado democraticamente por meio do voto popular, a função de defensor dos interesses da sociedade como um todo estaria acima de qualquer legislação ou ausência da mesma, já atribuindo ao mesmo a legitimidade democrática para atuar como se legislativo fosse em diversas situações que se refutar necessário.

3.3 ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA OMISSÃO LEGISLATIVA

Contrapondo o acima esposado, urge a análise da ilegitimidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal na atuação legislativa, em um regime democrático de direito, visto que, em que pese o texto constitucional possibilite a atuação do STF diversas vezes como se poder legislativo fosse, tais premissas violam frontalmente a democracia instaurada no país, no momento em que atribui a um juiz nomeado sem legitimação popular, para atuar de modo vitalício, a competência para vincular toda sociedade com suas decisões.

Sob o mesmo enfoque, Novelino (2016, p. 149) ao explicar a teoria do reforço da democracia expõe:

A partir de uma concepção procedimental de democracia, o Judiciário deve agir para assegurar a regular participação política de todos, evitando desvirtuamentos do processo democrático, mas sem interferir diretamente no mérito das escolhas feitas pelos poderes públicos. Ao rejeitar o argumento de serem juízes nomeados e vitalícios são mais indicados para refletir os valores convencionais que representantes eleitos democraticamente, Ely (1980) argumenta não ter a constituição consagrado o sufrágio universal "para que os valores dos juristas de primeira classe prevalecessem sobre as decisões populares."

Nos estados democráticos, a escolha dos valores predominantes deve ser feita por representantes eleitos, pois caso a maioria não concorde, tem a possibilidade de eleger outros. Em síntese: na adjudicação constitucional, o papel do juiz deve ser análogo à do árbitro de futebol, ou seja, ele tem o dever de agir quando as regras do jogo são violadas a fim de evitar vantagens indevidas, mas não pode interferir no resultado da partida.

Logo, segundo o autor, em Estados Democráticos como o Brasil, os valores predominantes, o juízo de ponderação entre direitos e garantias deveria ser realizado por representantes do povo eleitos, visto que, o Poder Judiciário, do modo como foi instaurado no país (sem legitimação popular) não pode interferir no processo legislativo, devendo tão somente aplicar as normas criadas pelo Poder Legislativo que teve seus representantes eleitos democraticamente.

Sob o mesmo enfoque, Streck (2014, online) ao fazer uma crítica à atuação do Supremo Tribunal Federal de maneira desvinculada da legislação expõe que:

[...] em uma democracia constitucional, são os próprios cidadãos, mediante seus representantes políticos ou diretamente, quem tem o direito de definir o que consideram relevante do ponto de vista da igualdade e da desigualdade, sobre o pano de fundo de uma história política de aprendizado constitucional vivido com a experiência da violação da igualdade, que não deve admitir retrocessos, embora eles possam acontecer.

Se o sistema deve ser só público ou não, e mesmo assim qual deve ser esse sistema público, penso que isso deve ser decidido "politicamente", obviamente dentro de parâmetros constitucionais que levem coerentemente os direitos políticos a sério, pelo Poder Legislativo, mediante debate público mais amplo.

Se permitirmos que o STF "regulamente" isso, estaremos dando uma carta branca a um Poder que não foi eleito para isso. Não confundamos democracia com juristo-cracia.

O pensador continua sua crítica enfatizando que as questões inconstitucionais não estão a disposição do STF, devendo o mesmo decidir de modo compatível com o texto de lei bem como com a própria Constituição, não podendo ocupar desta maneira a função do Parlamento no momento de tomar suas decisões. Neste sentido:

E desde quando o STF manda o Congresso fazer uma lei estipulando as condições e requisitos, se a própria Constituição, parâmetro maior para qualquer julgamento, nada fala a respeito? Além do problema da difusa e discutível parametricidade, o estabelecimento de prazo somente teria sentido se o STF dissesse — de forma fundamentada — estar em face de uma *Appellentscheidung*. Vou tentar explicar isso melhor: uma coisa é fazer uma *Appellentscheidung* (apelo ao legislador), que ocorre quando a Constituição determina algo, o Congresso não faz e a Corte Constitucional exorta a que o Parlamento faça a regulamentação em um prazo razoável para que aquela situação não se converta em uma inconstitucionalidade. Para ser mais claro: o apelado ao legislador (*Appellentscheidung*) só ocorre quando a Corte reconhece que a lei ou a situação jurídica não se tornou ainda inconstitucional. Então, faz a exortação. Em outras situações, o Tribunal restringe-se a constatar a inconstitucionalidade, sem, no entanto, declará-la. No caso da ADI essa, nem de longe se está em face da possibilidade de uma *Appellentscheidung*. Em verdade, parece-me que o STF simplesmente está não só legislando como também dizendo como o

Congresso deverá fazer no futuro. Mas, ínsito: onde está a concreta situação que propicia(ria) o/um apelo ao legislador? (STRECK, 2014, online, grifos do autor).

No mesmo sentido, Amaral Júnior (2013) critica a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o mesmo está se contradizendo em diversos momentos, indo de encontro com oportunidades e conveniência de opções legislativas, utilizando-se de princípios constitucionais genéricos bem como adotando seus posicionamentos de acordo com as compreensões subjetivas dos julgadores, emergindo uma politização da justiça muito alarmada por parte da doutrina:

Nos últimos anos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi de encontro a si própria. Assim aconteceu, por exemplo, nas seguintes matérias: (1) cumprimento de penas por crimes hediondos em regime integralmente fechado; (2) fidelidade partidária; (3) criação de municípios. Agora, também vai de encontro à oportunidade e à conveniência de opções legislativas, invocando, para tanto, princípios constitucionais genéricos tomados segundo compreensões subjetivas dos julgadores. Assim aconteceu nos julgamentos mais recentes sobre precatórios e, agora, ensaia-se em matéria de financiamento de campanhas eleitorais. Com isso, reforça-se a politização da Justiça, perigo bem apontado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (O Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça in *Revista de Direito Administrativo*, n. 198, p. 1-17).

Amaral Júnior (2013) continua sua exposição alertando que inconstitucionalidades, no sentido de atuação do STF não podem surgir espontaneamente de acordo com a vontade do julgador, sob pena de caracterizar flagrante insegurança jurídica, visto que a Constituição da República confere esta competência ao STF determinando parâmetros específicos para tal, não possibilitando portanto que sejam declaradas inconstitucionais dispositivos por mera opinião subjetiva, sob pena de estar violando as premissas de competência do Poder Legislativo:

Dessa realidade resulta, no mínimo, insegurança jurídica, em razão da inversão de compreensões jurisprudenciais de há muito assentadas e praticadas. Nesses casos, para evitar a insegurança jurídica, modula-se (ou considera-se modular) no tempo os efeitos das inconstitucionalidade proferidas.

O problema mais grave é de legitimidade, e não pode ser descurado. Por isso mesmo, inconstitucionalidades não podem ser fruto de geração espontânea, mas, sim, devem encontrar parâmetro claro e explícito na Constituição. Do contrário, o que se tem é decisionismo e voluntarismo sem

limite ou parâmetro que não seja, simplesmente, a opinião individual, subjetiva, do julgador (AMARAL JUNIOR, 2013, online).

Superando o mérito do Supremo Tribunal Federal como competente ou não para atuar na omissão ou contradição do Poder Legislativo, em razão de necessidade de salvaguardar direitos, nota-se que o problema da legitimidade democrática está embasada também no modelo de escolha dos membros do STF, que é absolutamente antagônico ao dos demais poderes, visto que, além dos ministros exercerem cargos de modo vitalício, que é contrário ao regime democrático, os mesmos não são legitimados por meio de representação popular para exercerem suas funções.

Belchior (2008), neste sentido, defende a necessidade de alteração do modo de ingresso dos ministros do Supremo Tribunal Federal, bem como a definição de suas competências para lhes atribuir, legitimidade democrática para exercer suas funções:

O STF não consegue passar pelo teste de legitimidade, o qual se manifesta em três instâncias: no ingresso de seus membros, por serem escolhidos por um critério meramente político (não há eleição, representatividade, pluralismo, nem mandato por prazo determinado); exercício, pelo fato de suas decisões estarem distantes dos anseios populares; e controle da sociedade, pois não há meios eficazes da população fiscalizar o Supremo. Constatamos, ainda, que o Supremo não é uma autêntica Corte Constitucional, já que há uma série de atribuições previstas no dispositivo constitucional, formando um quadro amplo de competências, inclusive processos de natureza individual, dentre outros. Uma Corte especificamente Constitucional seria competente para apreciar somente o controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos e os litígios interorgânicos, entre órgãos e autoridades estatais e entre unidades políticas. Diante disso, entendemos ser viável a criação de uma Corte Constitucional no Brasil, modificando o modo atual de ingresso dos membros que comporão a Corte, fixando-lhes mandato e atribuições restritas à jurisdição constitucional, e, ainda, com criação de instrumentos de controle eficazes pela sociedade, objetivando prescrever uma menção sobre o grau de aceitabilidade da pretensa Corte (BELCHIOR, 2008, p. 223).

Lima (2001) também entende ser o STF ilegítimo democraticamente para atuar na omissão legislativa com suas decisões vinculante, enfatizando que a Suprema Corte não corresponde com as regras básicas da democracia que repousa no governo da maioria, na periodicidade dos participantes e na participação popular.

Neste contexto, Gebran Neto (2014) ao realizar uma crítica ao modelo de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no Brasil aduz que, em que pese o valor das tradições, o modelo de escolha dos ministros que foi mantido desde

a primeira Constituição já está indicando necessidade de mudanças, em razão da experiência de outros países acumulada com os defeitos notórios no sistema atual.

O autor enfatiza que o Supremo Tribunal Federal, da maneira que é instituído no Brasil possui maior característica jurisdicional que política, diferenciando-se desta maneira dos demais Tribunais Constitucionais de outros países. Evidencia ainda, a importância do direito comparado para aplicação dos modelos de escolha dos membros do STF, visto que, o modelo adotado pelo Brasil foi inspirado no norte-americano conforme já explicado alhures.

No Brasil, onde o Supremo Tribunal Federal tem competência de Corte Constitucional, competência recursal e outras competências extravagantes, a função de Ministro do Supremo Tribunal Federal acaba tendo maior característica jurisdicional e menor caráter político típico de um Tribunal Constitucional. Para que seja transformado em autêntico guardião da interpretação constitucional, o Supremo Tribunal Federal deve ter não apenas suas competências alteradas, mas também sua composição, sua investidura e seus impedimentos revistos.

Sob esse aspecto, deve ser reconhecido que um verdadeiro Tribunal Constitucional tem sua legitimidade calcada no pluralismo, na representatividade e na complementaridade da sua composição, cumulada com a jurisprudência que vier a construir segundo uma sólida fundamentação jurídica e uma adequada exegese das normas constitucionais, de acordo com o tempo em que a norma é aplicada (GEBRAN NETO, 2014, p. 190).

Logo, para que o STF no Brasil seja considerado legitimamente o guardião da Constituição, no regime democrático vigente, como ocorre nos Tribunais Constitucionais da maioria dos países, deveria ser alterada não somente as competências do mesmo, como também a composição dos seus ministros, a maneira de escolha dos mesmos e os impedimentos para a assunção desta função, evitando assim, arbitrariedades e a usurpação dos demais poderes.

No que tange à possíveis soluções para a democratização da escolha dos ministros do STF, possibilitando que os mesmos sejam legitimados para atuar efetivamente na omissão legislativa, já houve o ajuizamento de diversos Projetos de Emendas à CF/1988 com esse objetivo:

A PEC 473/2001, de autoria de Antonio Carlos Pannunzio (PSDB/SP) pretende alterar o parágrafo único do artigo 101 da Constituição. Com isso, “os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão escolhidos, alternativamente, pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, nesse último caso, pela maioria absoluta de seus membros”.

A proposta visa maior protagonismo do legislativo na escolha dos ministros do STF. Se aprovada, a PEC “retirá da exclusiva esfera do Poder Executivo a iniciativa da escolha dos titulares da Suprema Corte de Justiça

Brasileira, democratizando, em decorrência, o processo de composição do órgão de cúpula do Poder Judiciário”.

Outro projeto é a PEC 17/2011, de Rubens Bueno (PPS-PR) que propõe que a nomeação do ministro permanece sob decisão da Presidência da República. De acordo com o Empório do Direito, no entanto, as indicações teriam que levar em conta: três ministros seriam indicados pelo STJ; dois pela OAB; dois pela Procuradoria Geral da República; um ministro indicado pela Câmara dos Deputados; um indicado pelo Senado Federal – estes dois últimos, aliás, não podendo selecionar membros de sua própria legislatura; e ainda dois ministros pelo Presidente da República.

Já a PEC 117/2015, de autoria de Flexa Ribeiro (PSDB-PA), propõe que quando houver cargos vagos, o ministro mais antigo do STJ é quem assume a cadeira – até que aconteça a nomeação do titular da vaga no STF. Até o momento, não há um relator definido. O projeto de lei seria destinado, portanto, a minorar os danos causados pela ausência de um ministro na corte, como o acúmulo de processos, e a possibilidade de empate em resultados por conta do número par (são 10 ministros quando uma cadeira vaga) (VALENTE, 2017, online).

O reconhecimento das irregularidades acima expostas, bem como da ilegitimidade democrática do STF para adotar as medidas que vêm adotando já ensejou a propositura de outras diversos Projetos de Emenda à Constituição Federal com o intuito de alterar o modo de nomeação dos Ministros do STF, bem como sua composição, impedimentos e outros pontos.

Corroborando com esta afirmação, Gebran Neto (2014) expõe outros Projetos de Emenda a Constituição Federal diversos dos citados acima, sendo alguns deles:

[...] Na Câmara dos Deputados, igualmente, tramitam propostas de modificação do modo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Na PEC nº 262/2008, de autoria do Deputado Federal Neilton Mulim, propõe-se que a escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal seja feita dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, pelos critérios de antiguidade e merecimento.¹⁹ A essa PEC estão apensadas diversas outras propugnando por alteração no modo de nomeação aos Tribunais Superiores, dentre elas a PEC nº 227/2012, de autoria do Deputado Federal Manoel Júnior, dispondo que a indicação dos onze Ministros seja fracionada, sendo três Ministros indicados pelo próprio Supremo Tribunal Federal, três indicados pelo Presidente da República, três indicados pela Câmara dos Deputados e dois indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil, com mandato de cinco anos, possibilitando uma única recondução, para o período imediatamente subsequente. A nomeação se daria pelo Presidente da República, após a aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado. O Deputado Nazareno Fonteles apresentou a PEC nº 143/2012, fixando mandato de sete anos para o exercício do cargo, proibindo a recondução e estabelecendo que a indicação deva ser feita, de modo alternado, pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional. A indicação parlamentar também seria alternada entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. Também estabelece vedação ao exercício, até quatro anos após o mandato, de qualquer mandato eletivo ou cargo em comissão nos entes da Federação (GEBRAN NETO, 2014, p.192).

No mesmo contexto, Moraes (2000) em sua obra *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais* apresenta uma interessante proposta de alteração constitucional para assegurar ao STF a legitimidade democrática e a imparcialidade dos seus membros. Moraes (2000) defende pela manutenção do número de 11 ministros, todavia entende ser necessária a revogação da vitaliciedade dos mesmos, aduzindo como razoável o período de 10 anos de mandato, vedando a recondução dos ministros garantindo independência e neutralidade política dos mesmos, visto que, os seus mandatos não irão coincidir com os mandatos parlamentares e do Presidente da República.

No que tange à maneira de escolha dos membros, Moraes (2000, p. 295) aduziu:

[...] os membros do STF devem ser escolhidos, de maneira proporcional, pelos representantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, quatro ministros devem ser escolhidos livremente pelo Presidente da República e quatro ministros eleitos pelo Congresso Nacional, sendo dois deles por maioria absoluta da Câmara e dois por maioria absoluta do Senado Federal. Os três membros restantes deverão ser escolhidos pelo próprio STF, entre membros da carreira da magistratura e do Ministério Público. Uma vez regularmente escolhidos, a posse será dada pelo Presidente do STF. Observe que os membros da magistratura de carreira e do Ministério Público, ao tomarem posse no STF, deverão licenciar-se de seus cargos até o término do mandato, quando então poderão retornar ao exercício de suas funções originais.

Destarte, ao verificar os diferentes momentos em que foram propostos os Projetos de Emenda à CF ficou evidente que a problemática aduzida no presente projeto não é algo atual, sendo que, progressivamente é discutida a necessidade de alteração no modo de ingresso e exercício do poder dos Ministros do STF para garantir-lhes legitimidade democrática no efetivo cumprimento dos papéis que lhe foram atribuídos, expostos alhures.

3.4 BREVE ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO STF EM PRECEDENTES CRITICADOS PELA DOUTRINA

Após a exposição dos diferentes entendimentos acerca da legitimidade ou ilegitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal em sua atuação como se poder legislativo fosse, cumpre trazer à baila algumas decisões que foram objeto de crítica da doutrina no mesmo âmbito.

Frisa-se que neste último momento da pesquisa não se objetiva ingressar na temática do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e nem mesmo discutir a constitucionalidade ou legalidade dos precedentes apresentados, sendo que, os posicionamentos esposados objetivarão somente demonstrar as indagações da doutrina a respeito da legitimidade democrática do STF para enraizar na sociedade entendimentos que são de competência do Poder Legislativo.

Uma decisão do STF amplamente criticada na doutrina foi a do *Habeas Corpus* 126.292, na qual os ministros admitiram execução da pena após condenação em segunda instância. Posteriormente, a discussão foi retomada nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, sendo que, a Suprema Corte manteve o entendimento emitido em sede de Habeas Corpus²¹:

CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado (BRASIL, 2016a, *online*).

Ao criticar a atuação do Supremo Tribunal Federal no precedente em apreço o doutrinador Streck (2016, *online*) critica:

Sigo, para indagar: O que fez, afinal, o STF? Além de dar um giro de 180 graus na sua jurisprudência, acabou por sufragar uma prisão decretada fora de qualquer legalidade, circunstância reconhecida pelo MPF e pelo próprio ministro Teori. Ou seja: o ministro Teori concede a liminar com o

²¹ “Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP)* não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44. O Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), autores das ações, pediam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Alegaram que o julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, em fevereiro deste ano, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, vem gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país “passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP”. O caso começou a ser analisado pelo Plenário em 1º de setembro, quando o relator das duas ações, ministro Marco Aurélio, votou no sentido da constitucionalidade do artigo 283, concedendo a cautelar pleiteada. Contudo, com a retomada do julgamento na sessão desta quarta-feira (5), prevaleceu o entendimento de que a norma não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias (BRASIL, 2016b, *online*).

fundamento de que, além de poder superar a Sumula 691, o *TJ-SP não havia fundamentado a prisão em segundo grau*. Pois agora ele, juntamente com mais seis ministros, revogam a liminar, só que não fundamentam a necessidade do caso concreto.

[...]

E assim se formam os “precedentes”. E tem doutrinador dizendo que o Código de Processo Civil (CPC) instalou, no Brasil, um “sistema de precedentes”. Pois sim. O que é isto — um sistema? Veja-se. Graças a uma apelação só da defesa, alterou-se uma jurisprudência da mais alta corte do país. E isso atinge todos aqueles que possuem condenação em segundo grau. Depois ensinamos aos alunos que o Direito é uma questão de caso concreto...

Desde então (fevereiro de 2016 com o julgamento do HC 126.292 do paciente M.R.D.) estamos com a presunção da inocência suspensa. Liberada, desde então, está a execução provisória. Há poucos dias o ministro Fachin derrubou uma liminar concedida pelo presidente do STF e mandou recolher ao ergástulo um prefeito de uma cidade. Qual a argumentação? Que aquilo que diz no CPP (artigo 283) se esfumaça diante do novo CPC (grifos do autor).

Streck (2016, *online*) após demonstrar sua indignação com o precedente do Supremo Tribunal Federal, que no caso em apreço é considerado contrário ao texto constitucional, pelo fato de, segundo o autor, ter suspenso a presunção de inocência estabelecida, defende o seguinte posicionamento:

De minha parte, de forma ortodoxa, continuo dizendo: Legislativo faz a lei; Judiciário a aplica. Claro que não como no século XIX. Já avançamos. Mas o avanço não pode significar que, do juiz boca da lei novecentino, passamos para a era do “juiz dono da lei”. Por isso a minha luta em favor de uma coisa muito singela: que o Direito tenha autoridade, que não seja corrigido por argumentos políticos/morais e que sejam respeitados os limites semânticos, mormente os do texto constitucional. Afinal, a força normativa da Constituição foi uma conquista do segundo pós-guerra. Por quê? Porque a Constituição passou a ser norma. Vinculante.

No mesmo sentido, os ministros Celso de Melo, Marco Aurélio, Lewandowski e a ministra Rosa Weber divergiram da maioria dos ministros no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade acima citadas (ADC 43 e 44), enfatizando categoricamente que a decisão dos demais estaria violando princípios constitucionais como o da presunção da inocência e não culpabilidade.

O ministro Celso de Melo, em seu voto na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 defendeu que a solução da questão deveria ser encontrada na reformulação do sistema processual por meio do Poder Legislativo, e não pelo poder judiciário como estaria sendo solucionado:

Eventual inefetividade da jurisdição penal **ou** do sistema punitivo **motivada** pela prodigalização de meios recursais, **culminando** por gerar no

meio social a sensação de impunidade, não pode ser atribuída ao reconhecimento constitucional do direito fundamental de ser presumido inocente, pois não é essa prerrogativa básica **que frustra o sentimento de justiça** dos cidadãos **ou que provoca qualquer crise de funcionalidade** do aparelho judiciário.

A solução dessa questão, que não guarda pertinência – insista-se – com a presunção constitucional de inocência, há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios que, adotados pelo Poder Legislativo, confirmam maior coeficiente de racionalidade ao modelo recursal, mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração de um dos direitos fundamentais **a que fazem jus** os cidadãos desta República fundada no conceito de liberdade e legitimada pelo princípio democrático.

A posição que vem prevalecendo neste julgamento reflete – e digo isto com todo o respeito – preocupante inflexão hermenêutica, de índole regressista, **em torno** do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte **no plano sensível** dos direitos e garantias individuais, retardando, *em minha percepção*, o avanço de uma significativa agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais em nosso País (MELO, 2016, *online*, grifos do autor).

Logo, ampla parte da doutrina e inclusive Ministros do STF entendem que no presente caso o Supremo Tribunal Federal não estaria legitimado democraticamente para julgar contra *legem*, visto que, a matéria discutida violaria frontalmente dispositivo constitucional (art. 5, LVII da CF), bem como estaria usurpando as atribuições do Poder Legislativo quando deixa de considerar o disposto na legislação processual penal (art. 283 do CPP).

Outra decisão que parte da doutrina considerou divorciada das atribuições do Supremo Tribunal Federal, foi configurada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424, na qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que a ação penal relativa à violência doméstica contra a mulher, não importando a extensão da lesão, é pública incondicionada, e não condicionada, conforme determinado pela legislação.

AÇÃO PENAL – VIOÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações (BRASIL, 2012, *online*).

Por maioria dos votos dos ministros que seguiram o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade de o Ministério Público dar início a ação penal sem necessidade de representação da vítima, sendo que, o artigo 16 da lei nº Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) determina que as ações penais públicas “são condicionadas à representação da ofendida”.

A Suprema Corte (2012) fundamentou sua decisão baseada na ideia de que se a ação penal pública for condicionada à representação essa circunstância estará tornando sem efeito a proteção constitucional assegurada às mulheres, sendo que, no mesmo momento foi esclarecida a incompetência dos Juizados Especiais para julgar os crimes do âmbito da Lei Maria da Penha.

O ministro Cezar Peluso (2012) divergiu do entendimento firmado pelos demais ministros do Supremo Tribunal Federal defendendo a necessidade de maior celeridade no julgamento de ações penais como as derivadas da Lei Maria da Penha em lesões corporais leves, entendendo razoável a possibilidade das ações serem julgadas pelos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da lei nº 9.099/95.

A respeito do caráter da ação penal em apreço o Ministro Cezar Peluso defendeu em seu voto que a atribuição para definir o tipo de ação penal coube ao Poder Legislativo, que determinou o caráter condicionado à mesma, certamente levando em consideração dados e elementos suficientes para justificar tal decisão:

Não posso supor que o legislador tenha sido leviano ao estabelecer o caráter condicionado da ação penal. Ele deve ter levado em consideração, com certeza, elementos trazidos por pessoas da área da sociologia e das relações humanas, inclusive por meio de audiências públicas, que apresentaram dados capazes de justificar essa concepção da ação penal. E, mais, acho que ela deixa transparecer uma coisa importante. Não obstante o Ministro Ricardo Lewandowski ter aludido a eventual presença, que pode até ser, vamos dizer, quase regra na grande maioria dos casos, de vício da vontade da mulher ofendida, tampouco podemos dizer que isso seja regra de caráter absoluto. Muitas mulheres não fazem a delação, não levam a notícia-crime por decisão que significa exercício do núcleo substancial da dignidade da pessoa humana, que é a responsabilidade do seu destino. Isso é dimensão que não pode ser descurada. O ser humano se caracteriza, exatamente, por ser sujeito da sua história, a capacidade que tem de se decidir por um caminho, e isso me parece que transpareceu à edição dessas duas normas agora contestadas (PELUSO, 2012, *online*).

O Ministro Cesar Peluso ainda advertiu em seu voto que ao determinar o caráter incondicionado à ação penal pública no caso em apreço o judiciário estará assumindo riscos sem analisar a situação com a complexidade do âmbito familiar:

Por outro lado - e esse o aspecto que mais me preocupa, mais me incomoda, que mais me atormenta, e esta é a razão pela qual estou tomando esta postura -, acho que nós, do Judiciário, estamos assumindo todos esses riscos, e assumindo-os com perda da visão da situação familiar. Nós estamos concentrados na situação da mulher, que merece, evidentemente, todas as nossas preocupações, merece toda a proteção do ordenamento jurídico. Isso é coisa indiscutível. Mas assim o legislador, como o constituinte levaram em consideração, como valores, que têm que

ser de algum modo compatibilizados, a necessidade da proteção da condição da mulher e a necessidade da manutenção da situação familiar, em que está envolvida não apenas a condição da mulher ou a condição do parceiro, mas também filhos, netos, outros parentes, e que constituem elemento fundamental na mecânica da sociedade (PELUSO, 2012, *online*).

No mesmo sentido, ao criticar a atuação do Supremo Tribunal Federal, ao tornar incondicionada a ação penal decorrente de violência doméstica, independentemente do grau da lesão, Nothaft (2012) defende que a atuação do Poder Judiciário no caso em apreço não analisou a complexidade dos seres humanos nos relacionamentos familiares, sendo que, não pode ser tratada a violência doméstica de qualquer maneira como se fosse um crime de lesão corporal havida entre estranhos.

A solução dada pelo judiciário, conforme exposto, desconsidera os seres humanos como sujeitos complexos, a violência como um fenômeno relacional e que cada indivíduo, na sua complexidade, pode gerar múltiplas respostas a esse fenômeno. Acreditamos que a Lei Maria da Penha foi criada no sentido de emancipar a mulher em relações que gerem danos a sua individualidade e dignidade. Dessa forma o estabelecimento de padrões estáticos de comportamento, inclusive para a própria ofendida, ao invés de protegê-la, a vitimiza e pouco ajuda na supressão das desigualdades que geram essa violência (NOTHAFT, 2012, p. 53).

Nesta senda, importante o posicionamento de Cabette (2012, *online*) que defende:

Assumindo o risco de ir contra os anseios de respeitáveis seguimentos sociais, inclusive de movimentos relacionados à defesa dos Direitos das Mulheres, é inevitável manifestar o desacerto dessa opção legislativa. A postura que se mostra na alteração legislativa, operando um retrocesso no tema da ação penal nos casos de lesões leves, é contaminada por uma concepção irracional do Direito Penal como única solução para todas as espécies de conflitos sociais e interpessoais. Alimenta a conformação de um “Direito Penal Simbólico” como suposta solução para quaisquer problemas sociais, fomentando a crença de que tudo se resolve com leis penais rigorosas, desde a proteção à vida até o bom andamento da economia.

Destarte, no caso em apreço a legitimidade democrática do STF para editar a referida decisão é discutida em razão de contrariar o expressamente disposto pelo Poder Legislativo sem utilizar-se de nenhum parâmetro constitucional específico e plausível, segundo a doutrina, que justificasse tal medida.

Outro precedente polêmico emitido pelo Supremo Tribunal Federal que ocasionou ampla discussão doutrinária em razão de estar, segundo parte da

doutrina, usurpando as atribuições do Poder Legislativo, foi o julgamento do *Habeas Corpus* 124.306, determinando a “descriminalização” do aborto quando voluntário e efetivado no primeiro trimestre da gestação.

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos.

2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação.

3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus (BRASIL, 2016c, *online*).

Analisando todo disposto até o momento, urge fomentar a discussão acerca da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para proferir a referida decisão bem como para julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) protocolada pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) e pelo Instituto Anis – organização não governamental (ONG) de defesa dos direitos das mulheres – em abril de 2017, em que buscam descriminalizar o aborto até a 12ª semana de gestação, em qualquer situação.

A respeito da temática, Cabette (2017, *online*) critica:

É assustador quando um tribunal superior se arvora a tratar de um tema que sequer era objeto da ação (no caso um “Habeas Corpus”) para simplesmente invadir a seara do legislativo e dar uma “opinião” acerca da validade de uma lei vigente, aproveitando-se claramente de uma ocasião para impor uma ideologia e declarar incidentalmente sim, mas declarar, a invalidade de uma norma legal. Frise-se que a questão discutida no HC julgado não era a respeito da validade ou vigência dos artigos 124 e 126 do Código Penal Brasileiro, mas tão somente sobre a legalidade do decreto de prisões preventivas, matéria estritamente processual penal e não de direito material (penal). Houve total desvio do tema que devia ser deslindado na ação de Habeas Corpus para que se adentrasse em considerações acerca da validade dos artigos 124 e 125, CP. O intento, mais que manifesto, foi a criação de uma norma pelo Judiciário em lugar do legislativo, pois que não há a menor dúvida de que o auto – aborto, o aborto consentido e o aborto com o consentimento da gestante, afora o aborto sem o consentimento da gestante, são criminalizados no Brasil. Não se trata de tema duvidoso, tanto que nem mesmo era a questão debatida no respectivo HC.

Cabette (2017) continua sua exposição esclarecendo que, embora a “descriminalização” do aborto na decisão epigrafada não tivesse efeito *erga omnes*, em uma segunda análise é inegável que a decisão da Suprema Corte irá sim vincular a sociedade, em razão de possibilitar que o precedente da mais alta Corte seja utilizado como fundamento para as demais instâncias do Poder Judiciário e consequentemente, confirmado novamente, ao ser submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal a decisão final da matéria.

É claro que sempre se pode dizer que o STF não “descriminalizou” o aborto até o terceiro mês, mesmo porque não o poderia, já que somente uma lei posterior revoga lei anterior vigente. Mas, é preciso ser por demais ingênuo para acreditar que o impacto de uma decisão como a do HC 124.306 não será intensa e não gerará uma enxurrada de decisões de primeiro e segundo graus nela baseadas. Pior, é preciso ser mais ingênuo ainda para não perceber que tais decisões serão efetivas, pois que tendem a serem, na prática, mantidas pelo STF. Isso quer dizer que, na realidade, a despeito de quaisquer teorizações, em não havendo modificação da posição do STF, aquele pretório simplesmente descriminalizou o aborto até o terceiro mês de gestação no Brasil com uma canetada, desrespeitando acintosamente a tripartição de poderes e, desta forma, sutilmente, afrontando a Constituição

Federal que deveria defender. Mais que isso, a sutileza do mal é tanta que o faz sob o pretexto de dar concretude à própria Constituição, afirmando, por exemplo, o Ministro Barroso, que ali empregava uma “interpretação de acordo com a Constituição”! Por meio de jogos de palavras se procura ocultar um ataque direto à tripartição dos poderes e um total desarranjo dos chamados “freios e contrapesos”, transformando o Judiciário em uma espécie de extinto “Poder Moderador” outrora existente na Constituição Imperial (1824). Ainda que se diga que há neste caso um simples ato de controle de constitucionalidade difuso (porque concentrado não é, já que não houve ação hábil), é visível que se trata de um ativismo que macula a inércia característica do poder judicial. E mais, se o tema é controverso, como é afirmado no próprio “decisum” criticado, mais um motivo para que o debate seja amplo com a manifestação da sociedade e de um poder com legitimação popular, que é o legislativo. Não cabe ao STF e nem a juiz algum, simplesmente desconsiderar a legislação à qual está atrelado e que constitui um freio ao exercício arbitrário e caprichoso da função judicial (CABETTE, 2017, *online*).

A competência para editar o Código Penal, para descriminalizar condutas e determinar o modo de aplicação de penas e de ações é do Poder Legislativo e não do Poder Judiciário como se objetivou nas situações em apreço, logo, diante de todas as situações abarcadas brevemente na presente pesquisa, é notório que remanescente parte da doutrina entende pela ilegitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para prolatar decisões que contrariam as normas emitidas pelo Poder Legislativo bem como para atuar na omissão do mesmo.

Destarte, embora não seja o foco principal da presente pesquisa, inevitável mencionar o ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal que não detém exclusividade sobre o direito Constitucional nem mesmo sobre a interpretação da Constituição Federal.

Segundo Crispim (2014) a repercussão do ativismo judicial do STF não sedimentou um entendimento doutrinário singular no Brasil, evidenciando o questionamento que está sendo feito por juristas, parlamentares e estudiosos jurídicos acerca da legitimidade da Suprema Corte para a aludida intervenção em matérias de grande interesse social, está se tornando cada vez mais presente no cenário jurídico-político nacional.

O papel de destaque atribuído ao STF vem, deste modo, gerando conflitos políticos entre os Poderes e sua autonomia. O próprio Supremo já se manifestou no sentido de que aquela Corte “é a casa do povo e que cabe a ela suprir as deficiências do Legislativo” (Gilmar Mendes), o que representa, do ponto de vista do Poder Legislativo, uma afronta à representatividade conferida pelo povo aos seus parlamentares.

Noutro vértice, alguns juristas e doutrinadores não se apegam a esse conflito de competência, ou vaidade, ante a postura do Tribunal Constitucional, no que diz respeito aos julgamentos de questões políticas,

por exemplo, de modo que aceitam a ideia da atuação legítima na representação popular e na existência de prerrogativas para esse tipo de atividade jurisdicional. Dentre eles está Robert Alexy, que ensina a distinção entre a relação dos Poderes Legislativo, que atua com representatividade política, e o Judiciário, que tem atuação argumentativa (CRISPIM, 2014, p. 96).

Conforme demonstrado, é evidente a necessidade de atuação do Poder Judiciário por meio do Supremo Tribunal Federal na inércia dos demais poderes para salvaguardar direitos, todavia, a maior parte da doutrina entende que o judiciário deve atuar sempre em consonância com o disposto na Constituição Federal e nas atribuições estabelecidas pelo poder Legislativo que não contrariem à CF/1988, não usurpando desta maneira as competências estabelecidas aos demais poderes que foram legitimados democraticamente por meio do voto popular para exercerem suas funções.

Destarte, segundo parte da doutrina, a legitimidade democrática do STF se tornaria plausível a partir de uma reforma no sistema de escolha/nomeação de seus membros, bem como alterando algumas peculiaridades já expostas alhures, como, por exemplo, a vitaliciedade dos cargos, o modo e os limites de atuação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa abordou-se o instituto da separação dos poderes, bem como quais são as atribuições de cada um dos poderes constitucionalmente estabelecidos, sendo que, foi dada uma atenção especial às competências do Supremo Tribunal Federal.

Com o exaurimento da temática separação dos poderes e atribuições específicas fez-se necessário, para a compreensão do estudo, diferenciar legalidade de legitimidade, bem como demonstrar as vertentes do regime democrático de direito vigente no Brasil.

Os fundamentos da legitimidade democrática foram discutidos com a finalidade de se verificar se o Supremo Tribunal Federal é ou não legítimo para atuar na omissão do Poder Legislativo.

Na pesquisa evidenciou-se que em várias decisões o Supremo Tribunal Federal, para salvaguardar os direitos e garantias constitucionais, quando o legislativo se mantém inerte, age suprimindo omissões para alavancar o desenvolvimento social do âmbito jurídico, o que ora pode traduzir-se em atribuição constitucional, ao integrar o ordenamento jurídico, ora em excesso jurisdicional, exercendo funções de legislador positivo.

Parte da doutrina entende que o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade democrática para atuar na omissão legislativa em razão dos papéis que foram à ele atribuídos, dentre os quais destacam-se o papel contramajoritário, representativo e iluminista. Isso, devido à adoção de um regime democrático que possui diferentes aspectos: representativa, constitucional e deliberativa.

Ainda, alguns doutrinadores entendem que a legitimação democrática dos membros do Supremo Tribunal Federal ocorre automaticamente quando o Presidente da República, que foi eleito diretamente pelo povo, por meio do voto

popular, é quem nomeia os ministros do Supremo Tribunal Federal, ocorrendo neste caso uma legitimação democrática indireta.

Em contrapartida, outro grupo de doutrinadores defende a ilegitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para atuar na omissão legislativa, principalmente na formação de precedentes que vinculam todo judiciário e, consequentemente, toda sociedade, contrariando o disposto na legislação constitucional e infraconstitucional.

No Brasil vigora um regime democrático de direito, no qual é determinado que o poder emana do povo por meio do voto direto, secreto, obrigatório e periódico.

Os membros do poder Legislativo e Executivo, são legitimados democraticamente pelo povo, por meio do voto popular, para exercerem suas atribuições constitucionalmente estabelecidas, já os membros do Poder Judiciário, que é um poder de aplicação e interpretação das normas já escritas pelos representantes eleitos, não são submetidos ao crivo da aprovação popular para exercer suas funções.

Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal, segundo parte da doutrina, estaria extrapolando os limites de competência à ele determinada e prolatando decisões sem qualquer parâmetro legal e muitas vezes até mesmo contrariando a legislação, resultando em uma possível violação ao princípio da separação de poderes. Ao prolatar decisões, os membros do Supremo Tribunal Federal estariam, segundo essa corrente doutrinária, usurpando as competências do Poder Legislativo, e, consequentemente, exercendo representação da sociedade sem serem legitimados pelo povo para atuar na função legislativa, de maneira vitalícia e completamente antagônica ao estabelecido no regime democrático vigente.

A parte da doutrina que entende pela ilegitimidade democrática dos membros do Supremo Tribunal Federal defende a necessidade de uma reforma na maneira de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal, atribuindo-lhes certa representação popular, enquadrando-os nas peculiaridades do regime democrático de direito que determina necessária a legitimação popular para o exercício dos poderes.

Outra necessidade que restou configurada, por parte da doutrina, seria a alteração na vitaliciedade do exercício de função dos membros do Supremo Tribunal Federal e a delineação específica de quais são as suas atribuições.

Ressalta-se que existem diversas propostas de emenda à Constituição Federal que versam sobre esta matéria, todavia não há um consenso entre os doutrinadores e parlamentares, a respeito de qual seria a maneira mais adequada e democrática para a realização da referida reforma.

Ao final da exposição de ambos posicionamentos doutrinários com suas devidas fundamentações, foram citadas, a título de exemplo, algumas decisões polêmicas emitidas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo explorada a legitimidade ou ilegitimidade democrática para a prolação das mesmas, que, segundo a doutrina, estariam usurpando as competências do Poder Legislativo.

Por fim, verificou-se que existe insatisfação por parte significativa da doutrina na atuação do Supremo Tribunal Federal, todavia, há outra vertente que apresenta argumentos fortes para defender sua legitimidade democrática, o que torna evidente a necessidade do amadurecimento das discussões bem como a necessidade da participação da sociedade no debate para, a partir de então, considerar o Supremo Tribunal Federal legítimo ou ilegítimo para atuar na omissão legislativa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

AMARAL JUNIOR, José Levi Melo do. Inconstitucionalidade sem parâmetro no Supremo. **Revista Constultor Jurídico**, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-29/analise-constitucional-inconstitucionalidade-parametro-supremo>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: o Supremo, seus papéis e seus críticos**. Dez. 2015. publicado em 05 maio 2017. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o-supremo-seus-papeis-e-seus-criticos>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Voto no Habeas Corpus 124.306**. Supremo Tribunal Federal. Plenário, publicado em: 29 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Supremo Tribunal Federal, legitimidade e corte constitucional. **Revista da ESMAR N**, Mossoró, v. 8. n.1. p. 205-226, jan./jun., 2008.

Biografia de Aristóteles. Disponível em: <<https://www.ebiografia.com/aristoteles/>>. Acesso em: 18 maio 2017.

Biografia de Jean Bodin. Disponível em: <https://www.ebiografia.com/jean_bodin/>. Acesso em: 18 maio 2017.

Biografia de John Locke. Disponível em: <https://www.ebiografia.com/john_locke/>. Acesso em: 18 maio 2017.

Biografia de Montesquieu. Disponível em: <<https://www.ebiografia.com/montesquieu/>>. Acesso em: 18 maio 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; BARROS, Janete Ricken de. **Ativismo em decisões judiciais**/ Organizador Paulo Gustavo Gonet Branco – Brasília : IDP, 2014. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>> 231 p. Acesso em: 27 jun 2017.

BRASIL, **lei n. 11.340**, Lei Maria da Penha, publicada em: 07 ago. 2012, D.O.U 8.8.2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Supremo julga precedente ação da PGR sobre Lei Maria da Penha. **Notícias STF**, 09 Fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>> Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424**/Distrito Federal. Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em: 09 fev. 2012, publicado em: 08 maio 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 30 de jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306**/Rio de Janeiro. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 17 fev. 2016c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292**/São Paulo. Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17 fev. 2016a, publicado em: 17 maio 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. **Notícias STF**, 05 out. 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Editora Saraiva. 2014.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A ação penal nas lesões leves praticadas em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher após a apreciação do tema pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Âmbito Jurídico**. nº 100 - Ano XV – maio 2012 - ISSN - 1518-0360. Disponível em:

<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11635> Acesso em: 27 jun. 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Os Abortos do STF. **Revista Âmbito Jurídico**. nº 156 - Ano XX – Jan. 2017 - ISSN - 1518-0360. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18084> Acesso em: 27 jun. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CRISPIM, Brenton Vieira. Ativismo Judicial: A atuação do Supremo Tribunal Federal ante a inatividade do Legislador. **Ativismo em decisões judiciais**/ Organizador Paulo Gustavo Gonet Branco – Brasília: IDP, 2014, p. 94-103. Disponível em <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>> Acesso em: 27 jun. 2017.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GEBRAN NETO, João Pedro. Nomeação ao Supremo Trbunal Federal. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4. Região**, Porto Alegre, n. 1, p. 181-201, 2014.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**: tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAKATOS, Eva. Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira**. Fortaleza: ABC/Fortlivros, 2001. p. 29-30.

MARTIN, Andréia Garcia. A legitimidade democrática do STF à luz dos direitos fundamentais. **Revista Linhas Jurídicas (UNIFEV)**. v. 4, n. 4, p.27 – 52, jun., 2012.

MELO, Celso de. **Voto na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Supremo Tribunal Federal. Plenário, 05 out. 2016. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Ganet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional brasileira e Tribunais Constitucionais**. 2. tir. São Paulo: Atlas, 2000.

NOTHAFT, Raíssa Janine. **A Autonomia Da Mulher Na Lei Maria Da Penha**: uma análise da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4.424 do Supremo Tribunal Federal. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

PELUSO, Cezar. **Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424**. Supremo Tribunal Federal. Plenário, 09 Fev. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Hernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RUZON, Bruno Ponich. Inimigos da democracia: o Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Público**, LONDRINA, V. 1, N. 2, P. 75-82, maio./ago., 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum, o estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção da inocência. **Revista Consultor Jurídico**, ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum, o realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”. **Revista Consultor Jurídico**, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em: 02 jun. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VALENTE, Fernanda. **Como funciona a nomeação de ministros para o STF e porque isso é tão criticado**. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/21/como-funciona-nomeacao-de-ministros-para-o-stf-e-porque-isso-e-tao-criticado/>>. Acesso em: 10 jun. 2017.